



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**

Trente-troisième session
New York, 12 juin-7 juillet 2000

**Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité
sur les travaux de sa vingt-deuxième session
(Vienne, 6-17 décembre 1999)**

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-11	3
I. Délibérations et décisions	12-140	5
A. Remarques générales	13-20	5
B. Principaux objectifs	21-31	7
C. Caractéristiques de base	32-124	9
1. Remarques générales	32-33	9
2. Examen des caractéristiques de base	34-124	10
a) Application de la loi – personnes physiques et personnes morales (par. 34 à 36)	34-37	10
b) La relation entre liquidation et redressement (par. 37 à 46)	38	11
c) Procédures de liquidation (par. 47 à 103)	39-62	11
d) Redressement (par. 104 à 143)	63-93	17
e) Participation des créanciers (par. 144 à 147)	94-95	24
f) Syndics et administrateurs (par. 148 à 153)	96-98	25
g) Le tribunal (par. 154 à 156)	99-104	26

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
h) Procédures d'insolvabilité informelles, y compris les restructurations extrajudiciaires (par. 157 à 160)	105-124	27
D. Travaux futurs possibles: forme et faisabilité	125-140	31

Introduction

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

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

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

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

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

d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder à une étude plus approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

4. Afin de faciliter cette étude, la Commission a été invitée par le secrétariat à envisager de consacrer une session d'un groupe de travail à la détermination de ce qui pourrait constituer, dans le contexte actuel, un produit approprié (loi type, dispositions types, ensemble de principes ou autre texte) et à la délimitation du champ des questions qui seraient incluses dans ce produit. Des avis divergents ont été exprimés sur ce point. Selon un avis, davantage de travaux préparatoires devraient être entrepris par le secrétariat et présentés à la Commission à sa trente-troisième session avant qu'une décision ne soit prise sur le lancement de travaux de fond relatifs à l'élaboration d'une loi uniforme ou d'un autre texte ayant valeur de recommandation. Selon un autre avis, cette question pourrait être examinée lors d'une session d'un groupe de travail, afin que les divers aspects puissent être examinés au préalable, et un rapport serait soumis à la Commission à sa trente-troisième session, en 2000, concernant la possibilité d'entreprendre des travaux dans le domaine de l'insolvabilité. La Commission disposerait alors de suffisamment de renseignements pour prendre une décision définitive sur ce point. Il a été souligné que les travaux préparatoires de la session du groupe de travail exigeraient une coordination avec d'autres organisations internationales déjà actives dans le domaine du droit de l'insolvabilité, car les résultats de leurs travaux constitueraient des éléments importants à prendre en considération dans les délibérations qui aboutiraient à une recommandation sur la contribution que pourrait utilement apporter la Commission dans ce domaine. Il a été noté que l'importance et l'urgence des travaux sur le droit de l'insolvabilité avaient été soulignées au sein d'un certain nombre d'organisations internationales et il a été largement admis que davantage de travaux étaient requis pour promouvoir l'élaboration et l'adoption de régimes nationaux efficaces en matière d'insolvabilité des sociétés.

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

6. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui se composait de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-deuxième session à Vienne du 6 au 17 décembre 1999. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Allemagne, Australie, Autriche, Brésil, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Thaïlande et Uruguay.

7. Y ont également assisté des observateurs des États ci-après: Arabie saoudite, Canada, Costa Rica, Gabon, Guatemala, Indonésie, Irlande, Kazakhstan, Liban, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Pologne, République de Corée, Slovaquie, Suède, Suisse et Ukraine.

8. Y ont en outre assisté des observateurs des organisations internationales suivantes: Fonds monétaire international, Banque mondiale, Banque asiatique de développement (BAsD), Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Banque centrale européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Association européenne des praticiens des procédures collectives (AEPPC),

Association internationale du barreau, Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL), International Women's Insolvency and Restructuring Confederation (IWIRC) et Groupe des trente.

9. Le Groupe de travail a élu les membres du bureau ci-après:

Président: M. Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande)
Vice-Président: M. Paul HEATH (Nouvelle-Zélande, élu à titre personnel)
Rapporteur: M. Tuomas HUPLI (Finlande).

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après: Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.49) et Note du secrétariat sur les travaux futurs possibles sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.50).

11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. Délibérations et décisions

12. Le Groupe de travail a examiné la question des travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité sur la base de la note établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50). Il est rendu compte ci-après des délibérations du Groupe de travail. La recommandation de ce dernier figure au paragraphe 140. Les numéros de paragraphes dans les titres des sections du présent document renvoient au texte du document A/CN.9/WG.V/WP.50.

A. Remarques générales

13. Le Groupe de travail a tout d'abord procédé à un échange d'informations sur les raisons et l'origine de la proposition de travaux futurs de la Commission. Il y avait, a-t-on fait observer, un large consensus quant à l'importance fondamentale de régimes d'insolvabilité efficaces pour prévenir et régler les difficultés financières des entreprises. Lorsque tout un secteur était en difficulté, un tel régime apportait le cadre juridique nécessaire pour le réaménagement de la dette des entreprises et assurait les conditions nécessaires à la reprise de la croissance et de l'emploi. Il pouvait susciter la confiance dans le système de crédit et, s'il prévoyait des incitations et des garanties appropriées, constituer un instrument susceptible d'être utilisé par les débiteurs dès l'apparition de difficultés financières, accroissant ainsi les chances d'un redressement réussi.

14. Les membres du Groupe ont échangé des vues sur l'évolution actuelle de la situation en matière de réglementation dans le domaine de l'insolvabilité. Divers rapports, aux niveaux gouvernemental, intergouvernemental et non gouvernemental, ont confirmé l'importance accordée au droit de l'insolvabilité et à la réforme de ce droit dans le monde entier. Il a été indiqué qu'un certain nombre de pays avaient récemment adopté, ou élaboraient actuellement, une législation visant à modifier leur régime en matière d'insolvabilité, en incluant parfois des dispositions tirées de la Loi type de la CNUDCI sur

l'insolvabilité internationale ou basées sur cette dernière. Diverses organisations internationales se concentraient sur les questions d'insolvabilité et la façon de mettre au point des régimes efficaces et opérationnels en la matière. La Banque mondiale a ainsi fait savoir qu'elle travaillait à l'élaboration de principes et de lignes directrices portant sur les cadres juridique, institutionnel et réglementaire requis pour assurer le bon fonctionnement d'un régime d'insolvabilité. Ces principes et lignes directrices étaient conçus sous forme d'éléments essentiels, plutôt que de normes, et pouvaient, de par leur souplesse, être adaptés à diverses circonstances. Ils étaient axés sur un certain nombre d'aspects fondamentaux des régimes débiteur-créancier, et portaient notamment sur l'interaction entre les systèmes modernes de crédit et de sûretés et l'insolvabilité, le processus de redressement des entreprises par des moyens formels ou informels, et des conditions particulières telles que les événements systémiques, les difficultés financières des entreprises publiques et l'insolvabilité des banques. Ce travail, qui était mené en coopération avec les organisations internationales intéressées et par le biais d'une série de conférences régionales, devait être terminé d'ici août 2000.

15. La Banque asiatique de développement (BAsD) a déclaré que son approche était plus restreinte, puisqu'elle se limitait à étudier 11 pays asiatiques, mais avec l'objectif général d'encourager le développement de systèmes, de pratiques et d'institutions juridiques et commerciales adaptables à toutes les situations économiques (le rapport de la BAsD est mentionné dans le document A/CN.9/WG.V/WP.50). Le défi à relever pour ces pays était de renforcer la gouvernance d'entreprise, dans laquelle l'insolvabilité occupait une place importante. Le programme de réforme s'articulait autour d'une série de colloques, visant à affiner les questions à examiner et à trouver des solutions. Les colloques récents avaient mis l'accent sur la nécessité de renforcer les contacts et la coopération entre les systèmes judiciaires de la région, et avaient abouti à des propositions de colloques judiciaires et de programmes d'éducation et de formation. La réalisation d'un rapport final était prévue pour le début de 2000.

16. Le Fonds monétaire international (FMI) a mentionné son rapport interne sur les régimes d'insolvabilité (évoqué dans le document A/CN.9/WG.V/WP.50) et indiqué qu'il l'utiliserait comme base pour une concertation avec les pays sur les mesures à prendre et pour la fourniture d'une assistance technique, en mettant l'accent plus particulièrement sur l'analyse dont découlaient les recommandations. L'Association internationale du barreau a indiqué que son Comité J travaillait à des dispositions types sur l'insolvabilité, mais que les progrès étaient lents en raison du peu de temps pouvant être consacré à ce projet.

17. S'agissant des travaux futurs possibles de la Commission, il a été proposé que cette dernière offre des conseils techniques directs sur les règles de fond régissant les procédures d'insolvabilité et se concentre sur la manière d'appliquer les principes existants par le biais de mesures législatives. Toutefois, selon une opinion, des textes législatifs ne sauraient suffire à établir un régime d'insolvabilité qui fonctionne; il fallait une structure institutionnelle forte, à la fois contrôlable et transparente. On a cependant fait observer que, s'il était manifeste que des dispositions législatives ne pouvaient à elles seules régler la question très importante des connaissances et des compétences des personnes chargées d'administrer et d'appliquer les régimes d'insolvabilité, elles pouvaient néanmoins faciliter la mobilisation de connaissances et d'une expérience largement partagées sur la base d'un fondement commun. De nouveaux travaux permettraient en outre de mettre l'accent sur l'importance des régimes d'insolvabilité dans toutes les phases du cycle économique, et

non pas seulement dans les périodes de crise. On a aussi souligné que les travaux que la Commission pourrait mener présenteraient le grand avantage de favoriser une modernisation et une harmonisation utiles, même d'une partie seulement des lois actuelles relatives à l'insolvabilité.

18. Pour maximiser les chances de succès, on a fait observer qu'il fallait délimiter avec réalisme ces travaux. Il fallait, à cette fin, viser les entreprises ou les personnes morales et non les consommateurs. Il faudrait peut-être exclure également certaines institutions soumises à une réglementation particulière et pouvant exiger un traitement spécial (telles que les institutions financières, les compagnies d'assurances et certaines entreprises de services publics) ainsi que les organismes chargés du contrôle et de la gestion des insolvabilités. On a suggéré par ailleurs, pour cerner les préoccupations et les vues communes, de recenser des sujets particuliers qui permettent de délimiter la portée des travaux à entreprendre. L'un des sujets proposés a été la restructuration extrajudiciaire.

19. S'agissant de la forme que devront prendre des travaux futurs, des réserves ont été largement exprimées en ce qui concerne la possibilité de formuler une loi type sur l'insolvabilité, qui soit universelle et applicable à tous. On a souligné, à l'appui de cette opinion, la complexité et la diversité du droit de l'insolvabilité et sa relation étroite avec d'autres domaines du droit tout aussi complexes, notamment le droit des sociétés et des sûretés et la réglementation des secteurs financier et de l'assurance. Il serait par contre possible, a-t-on noté, d'élaborer des règles de droit ayant uniquement valeur indicative telles que des principes fondamentaux ou des principes directeurs en matière de législation. Selon une autre suggestion, la Commission pourrait en outre montrer, le cas échéant, comment transformer ces principes en textes législatifs. On a également souligné le lien fondamental entre le fond et la forme, les membres du Groupe de travail s'accordant sur le fait qu'aucune décision ne pouvait être prise sur la question de la forme avant que celle du fond ait été examinée en détail.

20. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations en examinant les principaux objectifs d'un régime d'insolvabilité, tels qu'exposés dans la note du secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50, par. 24 à 31) avant d'entamer un examen plus détaillé des caractéristiques de base.

B. Principaux objectifs

21. S'agissant des objectifs A ("Maximiser la valeur des actifs") et B ("Faire l'équilibre entre la liquidation et le redressement"), le Groupe de travail a généralement reconnu qu'il existait entre eux un rapport étroit et que ce qui était nécessaire était de faire l'équilibre entre les différentes procédures d'insolvabilité. S'il est possible de mettre l'accent sur le remboursement maximal des créanciers, d'autres objectifs ne sauraient être négligés, comme par exemple la constitution d'une classe de chefs d'entreprise et la protection de l'emploi. Selon un autre avis, il conviendrait également de tenir compte dans ces objectifs de la perte de capacité de production, de la diminution de la valeur opérationnelle de l'entreprise et de la disparition éventuelle du débiteur et de ses biens. On s'est inquiété de ce que, tels qu'ils sont libellés, les objectifs risquent d'être interprétés comme polarisant l'insolvabilité entre la liquidation d'une part et le redressement de l'autre. Il conviendrait d'élaborer des dispositions plus larges concernant un "arrangement" ou une "méthode" qui viserait à maximaliser le remboursement tout en minimalisant les effets de l'insolvabilité et qui comprendrait toute une gamme de techniques possibles à appliquer en cas d'insolvabilité. Une disposition ainsi libellée éviterait également de donner implicitement la préférence à une technique par rapport à d'autres comme moyen d'atteindre l'objectif A.

22. S'agissant de l'objectif C ("Assurer un traitement équitable"), les membres du Groupe de travail sont convenus d'accepter dans ses grandes lignes le libellé proposé, sous réserve de préciser si la référence aux contrats passés entre le débiteur et les créanciers tenait suffisamment compte des intérêts de tous les créanciers, en particulier lorsque ces intérêts pouvaient résulter de l'application de la loi, et non d'un contrat.

23. En ce qui concerne l'objectif D ("Prévoir à temps le règlement efficace et impartial des insolvabilités"), on est généralement convenu, au sein du Groupe de travail, qu'il y aurait des avantages à fixer des délais pour le règlement de certaines questions, à condition que ces délais puissent être modifiés, prolongés et réduits par les tribunaux ou une autre instance administrative. L'opinion selon laquelle il serait difficile d'obtenir un accord général sur la durée exacte de ces délais a été appuyée. La nécessité de fixer un délai pour l'ensemble de la procédure a été mise en doute. Il a été proposé de stipuler également dans cet objectif, à côté de la nécessité de régler les insolvabilités rapidement et efficacement, que l'ouverture de la procédure devrait aussi se dérouler de la même manière. Parmi les propositions d'amendement précises au libellé de cet objectif, il y a lieu de mentionner les suivantes: dans la version anglaise, il serait fait état des "activités" du débiteur et non de son "business"; on ferait aussi référence à la minimalisation du coût de la procédure à côté de sa rapidité et de son efficacité; on remplacerait les termes "des instances judiciaires ou administratives spécialisées" par les mots "des instances ou des organes judiciaires ou administratifs spécialisés", enfin on élargirait la notion de supervision par des instances judiciaires ou administratives à l'intervention et à l'orientation. Selon un autre avis encore, si la première phrase du paragraphe 28 énonçait convenablement l'objectif recherché, le reste de ce paragraphe rappelait ce qui constituait en fait une caractéristique de base du régime d'insolvabilité.

24. On s'est inquiété de ce qui pourrait constituer un démembrement "prématuré" dans le contexte de l'objectif E ("Prévenir le démembrement prématuré des biens du débiteur par les créanciers"). Une autre inquiétude concernait la nécessité de spécifier le but de la suspension du démembrement en précisant qu'elle devrait être d'une durée suffisante pour permettre un examen approprié de la situation du débiteur, et en précisant également s'il pourrait y avoir des exceptions à l'application, à la modification et à la levée de cette suspension. On a fait observer que ces questions avaient été traitées de manière satisfaisante dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui devrait servir de norme. Par ailleurs, cette suspension devrait s'appliquer aux mesures coercitives prises à l'encontre du débiteur, mais pas nécessairement à l'ouverture de toute action contre ce dernier. Selon une autre suggestion, la référence au déroulement ordonné de la procédure relevait plus du besoin d'efficacité énoncé dans l'objectif D et devrait donc apparaître dans D plutôt que dans E qui devrait être axé sur la suspension du démembrement. Il a été proposé de compléter la suspension des mesures prises contre le débiteur en interdisant à ce dernier, sous réserve d'exceptions appropriées, d'aliéner ses actifs ou de les grever.

25. L'opinion selon laquelle l'objectif F ("Prévoir une procédure prévisible, transparente et de nature à encourager le rassemblement et la communication d'informations") devrait mettre l'accent sur la transparence et la prédictabilité a été appuyée; les éléments touchant le rassemblement et la communication d'informations devraient être examinés dans le cadre des caractéristiques de base plutôt que dans celui des principaux objectifs. On a estimé que cet objectif devrait établir une distinction plus nette entre la prévisibilité d'un résultat et la transparence ayant trait à la circulation des informations qui aboutiraient à ce résultat.

26. Le Groupe de travail a reconnu l'importance de l'objectif G ("Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale") et de l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale comme moyen d'atteindre cet objectif.

27. Un certain nombre d'autres questions ont été citées comme constituant des objectifs principaux dans un régime d'insolvabilité. La première proposition visait à inclure un objectif concernant l'ouverture rapide de la procédure d'insolvabilité en arguant du fait que, pour que cette procédure réussisse, qu'il s'agisse de liquidation ou de redressement, il était important de préserver la valeur des biens du débiteur. Un moyen d'y parvenir consistait à prévoir des incitations pour encourager la direction à ouvrir une procédure alors que les biens de l'entreprise avaient encore une valeur, ou encore à prévoir des sanctions si la procédure n'était pas ouverte rapidement.

28. Une seconde proposition concernait l'objectif F ("Prévoir une procédure prévisible, transparente et de nature à encourager le rassemblement et la communication d'informations") et visait à ajouter un objectif de transparence pour les informations relatives à la situation du débiteur. Étant donné l'importance que cette question revêtait pour les créanciers, on a estimé qu'une loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures tendant à encourager le débiteur à dévoiler sa position ou des sanctions au cas où il ne le ferait pas.

29. Une autre proposition concernait l'inclusion d'un objectif visant à faciliter les règlements à l'amiable. On a fait valoir qu'étant donné que la structure du droit de l'insolvabilité déterminait le contexte dans lequel une telle procédure pourrait intervenir, il était important que la possibilité de règlements à l'amiable figure parmi les objectifs. On a également fait observer qu'il existait un rapport étroit entre les lois sur le recouvrement des créances, garanties ou non, et l'efficacité des lois sur l'insolvabilité et que, par conséquent, c'était là un domaine qui devrait être signalé comme appelant un examen.

30. La question de la fraude a été évoquée comme étant d'une importance générale dans le cadre du droit de l'insolvabilité, et pas seulement dans le contexte de l'objectif C ("Assurer un traitement équitable"). Il a été suggéré qu'étant donné que la fraude appartenait à une catégorie générale d'actes préjudiciables à la procédure d'insolvabilité, elle pourrait faire l'objet d'un objectif général sous ce titre.

31. Ayant terminé son examen des principaux objectifs, le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations en déterminant les caractéristiques de base d'un régime d'insolvabilité.

C. Caractéristiques de base

1. Remarques générales

32. Le Groupe de travail a tout d'abord examiné le résumé des questions que devrait résoudre un régime d'insolvabilité, figurant aux paragraphes 32 et 33 de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50). On a fait observer que plusieurs questions supplémentaires examinées dans le contexte des principaux objectifs devraient être ajoutées, à savoir: les actes préjudiciables aux créanciers; la transparence; les informations devant être fournies par le débiteur sur sa situation et la divulgation de ces informations aux créanciers. D'autres questions devraient aussi faire l'objet d'un examen général: la fraude; l'identification des actifs du débiteur et le traitement des actifs des tiers, ainsi que

la protection et l'habilitation des créanciers (ce qui impliquerait de prévoir l'accès à l'information et de veiller à ce que les créanciers aient le droit d'agir en leur nom propre dans une procédure d'insolvabilité lorsqu'il y a pour eux un enjeu particulier, qu'il s'agisse d'une procédure de liquidation ou d'une procédure de redressement).

33. Il a été proposé d'apporter des modifications et des ajouts aux paragraphes 32 et 33. S'agissant du paragraphe 32, il a été proposé: de modifier le point 3 afin de faire référence au moment où la procédure "peut ou doit" être ouverte; d'ajouter au point 4 une référence à l'éventuelle surveillance du débiteur en plus de son dessaisissement; d'inclure au point 5 une référence aux parties autres que les créanciers dont les actions peuvent être suspendues; et d'ajouter au point 8 une référence à d'autres questions relatives au traitement des créanciers. S'agissant du paragraphe 33, il a été proposé d'ajouter une référence à la rétention et à l'indemnisation ainsi qu'à une éventuelle formation des professionnels.

2. Examen des caractéristiques de base

a) Application de la loi – personnes physiques et personnes morales (par. 34 à 36)

34. Des préoccupations ont été exprimées concernant le sens de certains termes. Ainsi, l'emploi des mots "entreprises" ("companies"), "sociétés" ("firms") et "institutions financières" ("financial institutions") posait des problèmes de définition et il serait nécessaire de préciser ce que recouvraient ces termes.

35. Selon une opinion, la Commission devrait limiter ses travaux futurs aux personnes morales ayant une personnalité juridique propre. On a fait observer que si l'on incluait les personnes physiques et les sociétés de personnes, on se heurterait à des difficultés pour des questions telles que la remise de dette et la saisie des salaires après la faillite, ainsi que des questions personnelles comme le règlement dans une procédure de divorce. Selon une autre opinion, si ces entreprises avaient une activité commerciale, il fallait les inclure dans les travaux de la Commission puisque cette dernière se concentrerait précisément sur le commerce. Il a été proposé d'axer les travaux sur l'activité menée, à savoir le commerce, et sur les entités par le biais desquelles ces activités commerciales tendaient à être menées. Une telle formulation permettrait de tenir compte de la diversité des manières de commercer dans le monde, et des moyens utilisés à cet effet.

36. S'agissant des entités sévèrement réglementées, telles que les banques et les compagnies d'assurances, l'exclusion prévue au paragraphe 2 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale offrait une bonne solution. À l'encontre de cet argument, on a fait valoir qu'en excluant purement et simplement de telles entités, on faisait abstraction de la réalité actuelle dans la mesure où des groupes commerciaux, qui devaient eux-mêmes être inclus dans les travaux futurs, assureraient communément certaines fonctions bancaires et d'assurance.

37. S'agissant des entreprises d'État, des membres du Groupe de travail ont appuyé l'opinion selon laquelle il n'y avait pas de raison de les exclure systématiquement d'un régime d'insolvabilité, même si des exclusions particulières pouvaient être jugées nécessaires. On pourrait par exemple exclure les entreprises publiques soumises à une réglementation spéciale (telles que les entreprises de services publics appartenant à l'État et sévèrement réglementées), mais non les entreprises dans lesquelles l'État n'avait qu'une participation ou les entreprises publiques ayant une activité commerciale.

b) La relation entre liquidation et redressement (par. 37 à 46)

38. Les membres du Groupe de travail sont généralement convenus qu'il fallait trouver un équilibre entre les différentes procédures d'insolvabilité, quelle que soit la manière dont ces dernières pouvaient s'articuler dans le droit de l'insolvabilité (comme des procédures uniques ou autres). Comme il avait été noté lors de l'examen des principaux objectifs, il ne faudrait pas qu'il y ait polarisation des procédures, avec la liquidation d'un côté et le redressement de l'autre, mais inclusion d'un ensemble de techniques pouvant être utilisées pour maximiser la valeur des actifs. (voir également par. 90 et 91).

c) Procédures de liquidation (par. 47 à 103)

39. On a, d'entrée de jeu, déclaré que le Groupe de travail devrait peut-être préciser le sens du terme "liquidation" et les mesures qu'il pourrait être convenu d'y englober. Ainsi, certains régimes de liquidation ne prévoyaient pas la possibilité de permettre la poursuite de l'activité commerciale d'une entité débitrice avant que celle-ci soit vendue comme entreprise en activité.

40. Il a été proposé d'apporter un certain nombre de modifications et d'ajouts aux étapes énumérées au paragraphe 47. S'agissant du point 3, la personne indépendante pourrait aussi être un organisme indépendant gérant et administrant la liquidation. S'agissant du point 4, il faudrait envisager la poursuite de l'activité commerciale comme alternative à sa cessation, le liquidateur pouvant être autorisé à poursuivre l'activité pour un but limité; il faudrait ajouter une référence à une transformation possible de la liquidation en redressement et prévoir la divulgation d'informations concernant la situation du débiteur notamment sur les virements récents, les actifs, les dettes, etc.

Conditions d'ouverture de la liquidation (par. 48 à 52)

41. Divers avis ont été exprimés quant au critère qui devrait déclencher l'ouverture de la procédure. Celui de la cessation générale des paiements a été appuyé, bien que certaines inquiétudes aient été exprimées au sujet de son caractère trop vague et subjectif. On s'est également inquiété de ce qu'une cessation générale des paiements pourrait être le signe de difficultés extrêmes et aller ainsi à l'encontre de l'objectif d'une ouverture rapide. Une autre approche était la méthode du bilan, qui consistait à déterminer si la valeur des créances et du passif dépassait la valeur de l'actif, ce qui constituait un critère plus objectif. Une autre suggestion encore consistait à évaluer toute une gamme de faits objectifs qui pourraient inclure la cessation de paiements importants et sensibles tels que loyers, impôts, salaires et versements à la sécurité sociale, de même que d'autres considérations. Dans ce dernier scénario, la cessation des paiements constituerait simplement un indicateur de la nécessité d'ouvrir une procédure d'insolvabilité et exigerait que soient examinées les circonstances particulières du débiteur.

42. S'agissant de l'ouverture de la procédure par le créancier, on s'est inquiété de la manière dont un créancier pourrait avoir accès à des informations qui indiqueraient une cessation générale des paiements plutôt que le simple non-paiement de la créance de ce créancier particulier. Si ces renseignements ne pouvaient être obtenus que par une procédure complexe, cela pourrait ne pas constituer un critère approprié de déclenchement. Si toutefois le simple fait de ne pas acquitter son dû auprès d'un créancier était accepté comme un critère d'ouverture (et l'une des procédures envisagées nécessitait un seul cas de non-paiement pour établir une présomption d'insolvabilité), cela pourrait soulever d'autres difficultés, comme par exemple le risque que ce créancier ne fasse échouer les

règlements à l'amiable en ouvrant une procédure d'insolvabilité. Selon un autre avis, une procédure d'ouverture rapide par le créancier n'était pas nécessairement contraire à l'idée de redressement étant donné que le débiteur était au courant de sa propre situation et pouvait à tout moment prendre lui-même des mesures pour ouvrir la procédure de liquidation ou de redressement.

43. Une question connexe consistait à déterminer si l'ouverture de la procédure constituait une obligation. On a suggéré que pour répondre à l'objectif d'une ouverture rapide, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des encouragements (protection par exemple contre des mesures d'exécution) ou des sanctions en cas de non-dépôt d'une demande. On a reconnu qu'il ne s'agissait pas seulement de choisir entre la "carotte" ou le "bâton" en fonction de la situation des différents pays et de la manière dont les régimes d'insolvabilité permettaient de conclure des arrangements à l'amiable, mais que l'inclusion d'une obligation risquait de contrecarrer la conclusion d'un règlement à l'amiable.

Effet de l'ouverture – actif de la masse (par. 54 à 56)

44. On s'est demandé quel serait le traitement à appliquer aux biens des tiers: faisaient-ils partie de la masse ou avaient-ils un autre statut? Selon un point de vue, si ces biens ne faisaient pas nécessairement partie de la masse, celle-ci risquait néanmoins d'être chargée d'assurer leur protection. Dans ce cas, ces biens pourraient être utilisés par la masse en attendant qu'une décision soit prise quant à leur achat ou à leur retour à un tiers. Dans d'autres cas, aucune réserve de propriété n'était reconnue après que les biens avaient été utilisés par le débiteur et de tels biens feraient partie de la masse.

45. On a souligné qu'il existait une différence entre les procédures unifiées et d'autres types de procédure en ce qui concerne le traitement applicable aux biens. Dans le premier cas, étant donné que la décision quant à ce qui constituait l'actif de la masse ne pourrait pas être prise tant que la procédure à suivre n'aurait pas été choisie, la protection des biens devrait être assurée dans l'intervalle. Dans d'autres cas, la nature de la procédure appliquée permettrait de décider rapidement du traitement à appliquer aux éléments d'actif.

Effet de l'ouverture – protection de la masse (par. 57 à 62)

46. On a souligné que la procédure pouvait être divisée entre des étapes distinctes auxquelles s'appliquaient des considérations différentes, comme par exemple la période qui séparait le moment où une demande était déposée et celui où il y était fait droit et la période qui suivait l'ouverture de la procédure. Il était également évident que différentes procédures susciteraient des considérations différentes; par exemple, lorsque la masse devait être vendue de façon fragmentaire, la nécessité de protéger l'actif et d'empêcher les créanciers d'agir n'était pas aussi primordiale que lorsque l'entreprise devait être vendue comme entreprise en activité ou faire l'objet d'un redressement.

47. La nécessité d'inclure les créanciers titulaires d'une sûreté dans toute suspension des droits d'application forcée et la possibilité pour le liquidateur d'obtenir des renseignements utiles pour la protection de l'actif ont été citées comme deux questions importantes qui méritaient un plus ample examen.

La procédure – vérification des créances (par. 64)

48. L'avis selon lequel la vérification des créances n'occupait peut-être pas une place suffisante, car elle pouvait avoir une incidence majeure sur l'aptitude des créanciers à participer à la procédure, a été généralement appuyé. Cela pourrait aussi constituer une source décisive de retard dans la procédure si toutes les créances devaient être approuvées avant de pouvoir passer aux étapes suivantes de la procédure. Une solution à ce problème consisterait à autoriser que les créances soient acceptées à titre provisoire à certaines fins, les créances étant ensuite pleinement vérifiées aux fins de distribution. Un certain nombre d'autres questions pertinentes ont été soulevées: inclusion des créances en devises étrangères, passif éventuel, créances prioritaires générales, incidence des procédures multiples, délais de dépôt des créances, prescription éventuelle ou simple renvoi des créances après un certain laps de temps, enfin la vérification devait-elle toujours être effectuée par le créancier ou, dans certaines circonstances, n'était-elle pas superflue, comme par exemple lorsque l'existence d'une certaine créance ressortait clairement de la comptabilité du débiteur.

Pouvoirs d'annulation (par. 70 à 80)

49. Selon une opinion largement exprimée dans le Groupe de travail, il devrait être possible d'exercer les pouvoirs d'annulation aussi bien dans une procédure de liquidation que dans une procédure de redressement. Selon un avis allant dans le même sens, ces pouvoirs devraient être les mêmes dans les deux cas, un créancier pouvant sinon prétexter les différences pour choisir la procédure la plus avantageuse pour lui plutôt que celle qui était la plus susceptible de régler les difficultés financières du débiteur. On a fait valoir, à l'encontre de cette opinion, que les pouvoirs ne devraient pas être les mêmes dans les deux types de procédure car les considérations étaient différentes et il faudrait, par exemple, limiter le pouvoir d'annuler des opérations objectivement normales dans le cas d'un redressement.

50. Il a été estimé que ces pouvoirs ne devraient pas être exercés uniquement pour les opérations frauduleuses mais plus généralement pour les opérations et les transferts généralement préjudiciables aux créanciers. On a souligné qu'il s'agissait là d'un domaine difficile à réglementer car les opérations visées n'étaient habituellement pas reconnues par le débiteur et n'étaient donc pas nécessairement facilement repérables par le liquidateur. S'agissant de la manière dont différentes opérations pouvaient être visées, il serait possible, a-t-on déclaré, de présumer que certains types, tels que les transactions entre parties apparentées ou entre initiés étaient préjudiciables (et le liquidateur n'aurait pas alors à prouver le préjudice), alors que pour d'autres le préjudice devrait être démontré. Dans ce deuxième cas de figure, la démonstration devrait pouvoir être contestée. On a fait remarquer qu'il pourrait être difficile de cerner la notion générale d'opérations d'initiés dans la mesure où les lois nationales variaient considérablement sur ce point.

51. S'agissant de la période sur laquelle pouvaient peser des soupçons, il serait important de fixer un délai, mais qui ne soit pas trop long pour ne pas engendrer d'incertitude. Selon une autre opinion, l'imposition de délais pourrait inciter le débiteur à retarder l'ouverture d'une procédure afin de s'assurer que certaines opérations ne se situent pas dans la période spécifiée.

Traitement des contrats (par. 81 à 88)

52. Selon une opinion largement exprimée, le pouvoir de poursuivre ou de résilier des contrats était, tout comme le pouvoir d'annulation, essentiel aussi bien pour la procédure de liquidation, en particulier lorsque la société devait être vendue comme entreprise en activité, que pour la procédure de redressement. Le choix entre résiliation ou poursuite d'un contrat se ferait en fonction de ce qui serait le plus avantageux pour les créanciers. On a noté à cet égard que la modification des contrats, en particulier leur résiliation, pouvait avoir des incidences financières négatives sur la masse des biens du fait de la nécessité de verser des indemnités en cas de résiliation et risquerait de compromettre le succès du redressement. On a expliqué que ces pouvoirs étaient essentiels dans une procédure de redressement pour faire face à la situation la plus courante, à savoir celle dans laquelle les créanciers ne pouvaient espérer être intégralement remboursés mais recevraient néanmoins davantage que si l'entité avait été liquidée. Le remboursement intégral étant impossible, le débiteur serait vraisemblablement contraint de rompre un certain nombre de contrats, ce qui l'obligerait à verser des indemnités; cette indemnisation pourrait être effectuée par le remboursement partiel des créances.

53. On a noté qu'il faudrait peut-être exclure ces pouvoirs pour un certain nombre de contrats tels que les contrats de travail, mais les avantages qu'offriraient ces exceptions devraient être appréciés par rapport à la maximisation de la valeur de l'entreprise.

Compensation (par. 89 à 91)

54. Selon une opinion, même si la compensation n'était pas toujours autorisée dans le droit national, elle devrait être reconnue comme principe général. Selon un autre avis, une telle reconnaissance pourrait se justifier dans le cas d'un droit de compensation préalable à l'ouverture de la procédure mais non dans le cas d'un droit postérieur à la procédure, malgré certaines exceptions possibles. On a généralement estimé que les arrangements de "netting" (plans de compensation monétaire de groupe pour des obligations financières) devraient être reconnus. On a fait observer que dans certains pays, le droit de compensation était traité de la même façon que la sûreté. On a fait valoir que si la compensation était traitée comme une créance garantie par une sûreté et pouvait donc donner lieu à une suspension d'exécution des droits, le liquidateur aurait la possibilité de résoudre certaines des questions de politique sociale qui pourraient se poser dans la procédure d'insolvabilité. Selon une autre opinion, l'autorisation de la compensation représentait une exception au traitement équitable des créanciers et, dans certains pays, pourrait aller à l'encontre des lois nationales, telles que les dispositions relatives au non-versement des salaires.

Aliénation d'actifs (par. 92 et 93)

55. Des doutes ont été émis quant à la nécessité d'obtenir l'approbation du tribunal ou des créanciers pour aliéner les actifs. Selon une opinion, une telle approbation retarderait inutilement la procédure, risquerait de réduire la valeur des actifs et se révélerait coûteuse. C'était particulièrement le cas lorsque les actifs étaient des marchandises périssables qu'il fallait vendre rapidement pour en maximiser la valeur. On a noté que dans certains pays les liquidateurs étaient investis de pouvoirs spéciaux pour ce type d'actifs. Une meilleure façon d'assurer l'équité de l'aliénation d'actifs et d'éviter les irrégularités était de se fonder sur les dispositions relatives à la responsabilité du liquidateur et sur les voies de recours et les procédures de règlement des différends dont les créanciers pouvaient user. Selon une autre opinion, l'expérience, dans certains pays où l'approbation des créanciers était nécessaire, n'avait pas démontré que cette exigence soulevait des problèmes; des

problèmes risquaient davantage d'apparaître lorsqu'une seule personne contrôlait l'efficacité de la vente. Si les créanciers étaient étroitement associés à la procédure de liquidation et étaient représentés par des comités de créanciers, l'approbation de la vente d'actifs ne risquait pas d'entraîner des retards dans cette vente.

56. S'agissant de la notification, il a été estimé qu'elle évitait toute insinuation de collusion, permettait au liquidateur d'obtenir un meilleur prix puisque la vente était plus susceptible d'attirer plusieurs soumissionnaires et contribuerait à éviter que l'on ne prétende que les actifs n'avaient pas été suffisamment soumis au jeu de la concurrence.

Ordre de préférence (par. 94 à 100)

57. Le Groupe de travail a été informé que les travaux récents sur l'ordre de préférence avaient abouti à un certain nombre de recommandations qui pourraient être utiles pour l'examen de la question. En règle générale, après le remboursement des créanciers munis d'une sûreté, le produit de la vente des biens devrait être réparti au prorata et sans préférence entre les autres créanciers, sauf si des raisons impérieuses justifiaient l'attribution d'un statut préférentiel à une créance déterminée. Parmi les raisons de principe qui pourraient être prises en considération pour décider de l'existence de raisons impérieuses pour l'octroi d'un statut préférentiel, on pourrait citer: raisons de principe déjà reconnues en vertu d'autres lois que celles relatives à l'insolvabilité, notamment obligations internationales à l'égard des salariés; préférence généralement accordée aux intérêts privés par rapport aux intérêts publics; nécessité d'encourager par des mesures d'incitation les créanciers à gérer le crédit de manière efficace; opportunité d'encourager les responsables du crédit à fixer les taux de prêt à un niveau aussi bas que possible; éviter d'établir des distinctions subtiles entre les catégories de créanciers au risque d'amener une catégorie à assumer une plus large part des créances impayées; enfin incidence qu'une créance jugée préférentielle aurait sur le coût de la transaction ou sur les coûts d'exécution. Trois critères ont été proposés pour déterminer ce qui constituerait une raison "impérieuse": équité; interférence dans le domaine des droits et des titres de propriété; encouragement d'une application efficace des règles relatives à l'insolvabilité, ou pour le moins absence de contre-incitations à administrer la masse des biens du débiteur insolvable avec efficacité. Il conviendrait d'envisager si les impératifs sociaux pouvaient être satisfaits par d'autres moyens que par un ordre de préférence en cas d'insolvabilité, mais lorsque des considérations d'intérêt public étaient jugées justifiées, elles devraient être clairement énoncées afin d'encourager la transparence de la procédure d'insolvabilité.

58. Si l'avis selon lequel les préférences devraient en général être évitées ou maintenues aussi peu nombreuses que possible a recueilli un certain appui, il en a été de même de l'octroi d'une préférence aux créances salariales et, dans certains cas, aux créances des pouvoirs publics, impôts par exemple. On a donné à entendre que ces questions étaient étroitement liées aux impératifs sociaux des pays et risquaient de faire intervenir des motivations différentes dans différents pays. Il a généralement été convenu qu'il serait extrêmement difficile de parvenir à un accord sur un ordre de préférence mais que, en principe, cela ne devrait pas obscurcir la procédure d'insolvabilité, que la recherche d'autres méthodes pour faire face aux mêmes impératifs sociaux devrait être encouragée et que la transparence était un objectif souhaitable. Selon une autre suggestion, il conviendrait d'encourager une approche cohérente afin de ne pas mettre en place différents ordres de préférence pour différentes procédures dans le cadre de la même loi sur l'insolvabilité.

Remise de dette (par. 101 et 102)

59. À titre préliminaire, on a relevé que la pertinence de ces questions dépendrait de l'ampleur des travaux ultérieurs sur l'insolvabilité et des débiteurs qui seraient visés par ces dispositions, ainsi que de la manière dont pourraient être considérés les liens entre les entreprises principales et subsidiaires et leurs administrateurs aux fins des garanties et du maintien de la responsabilité des créances. Étant donné que les activités commerciales de certains pays sont souvent menées par des particuliers plutôt que par des sociétés à responsabilité limitée, on a estimé que l'intérêt des travaux qui pourraient être effectués par la suite risquait d'être compromis si en étaient exclues les formes d'entités qui, sans être des entreprises, étaient néanmoins nombreuses à participer aux échanges dans certains pays. On a également noté que lorsque la remise de dette soulevait des questions de politique sociale, il pourrait être difficile de parvenir à une solution généralement acceptable; le cas des juridictions dans lesquelles la faillite est fortement entachée d'opprobre a été signalé comme source particulière d'inquiétude.

60. On a fait observer que la manière dont la question était traitée aux paragraphes 101 et 102 n'établissait pas une distinction claire entre la remise des dettes du débiteur en cas de liquidation et la remise de dette en cas de faillite. Selon un avis exprimé, en cas de comportement frauduleux du débiteur, la solution pertinente devrait consister à punir la fraude par les sanctions pénales appropriées plutôt qu'à adopter la solution consistant à ne pas accorder la remise de dette au débiteur en faillite. On devrait aussi pouvoir suspendre l'application de la remise de dette en cas de créances obtenues par des moyens frauduleux, mais il conviendrait de faire une distinction entre les actes qui justifieraient un refus partiel de remise de dettes et ceux pour lesquels un refus total serait justifié.

Créanciers étrangers (par. 103)

61. Si, de l'avis général, les créanciers étrangers devraient être traités de la même manière que les créanciers nationaux, on a relevé qu'à des fins de notification, il pourrait être nécessaire de fixer des échéances et des conditions différentes dans le cas des créanciers étrangers. Il s'agissait là d'une question qui avait été examinée au cours des délibérations dont avait fait l'objet la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et qui avait donné lieu à un accord sur des dispositions spéciales concernant la notification aux créanciers étrangers en vertu de l'article 14, pour tenir compte de leur situation particulière.

Autres questions éventuelles à examiner

62. Il a été proposé d'inclure un certain nombre de questions supplémentaires à titre de caractéristiques de base d'un régime d'insolvabilité, notamment: incidence de l'insolvabilité sur les transactions qui interviennent après l'ouverture de la procédure mais avant sa notification; pouvoirs et obligations du syndic; mais également surveillance, remplacement et rémunération; méthodes de recours des créanciers, en particulier pour s'opposer aux créances d'autres créanciers; traitement applicable aux créances non monétaires et aux créances qui n'étaient pas encore exigibles au moment de l'ouverture de la procédure; transparence et équité des procédures; effet de la procédure d'insolvabilité sur les autres procédures en cours; et insolvabilité des multinationales. Selon un avis exprimé, la question de la notification et de ses effets était généralement d'une importance

cruciale dans la procédure d'insolvabilité et pourrait peut-être faire l'objet d'une caractéristique de base ou d'un objectif principal distinct. La notification aux créanciers était indispensable pour assurer leur participation à la procédure et la soumission des créances. Des vues ont été échangées sur les formes de notifications envisageables en ce qui concerne aussi bien l'ouverture que d'autres étapes de la procédure.

d) Redressement (par. 104 à 143)

Traits essentiels (par. 104)

63. Il a été proposé d'ajouter un certain nombre d'éléments aux traits essentiels de la procédure de redressement énumérés au paragraphe 104 de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50), à savoir: échec du redressement et conversion en liquidation, y compris les coûts d'une tentative de redressement et leur prise en compte dans une liquidation ultérieure; détermination de la relation appropriée entre les créanciers de l'entité débitrice et ses propriétaires (y compris la poursuite de la participation des propriétaires à l'activité de l'entité), en particulier lorsque les propriétaires sont également créanciers; et mesure dans laquelle le redressement met en jeu des questions d'intérêt général, telles que les intérêts de la collectivité locale.

64. Une question a été posée concernant le caractère volontaire de la procédure de redressement et on a demandé si ce qui devait être volontaire était l'acceptation du plan de redressement par le débiteur ou l'ouverture de la procédure par ce même débiteur. Pour que la procédure soit volontaire il fallait, a-t-on déclaré, que le débiteur consente à son ouverture, mais on a aussi fait observer qu'un certain nombre de pays avaient dans leur législation des dispositions permettant d'imposer la procédure de redressement au débiteur. S'agissant de l'ouverture de la procédure, il a été convenu que les créanciers comme les débiteurs devraient pouvoir engager une procédure de redressement.

Conditions d'ouverture (par. 105 à 110)

65. S'agissant du critère d'ouverture, il faudrait, selon une opinion, appliquer le même à la liquidation et au redressement, que ce critère soit la cessation générale des paiements ou un autre. On a fait valoir, cependant, que si le but était l'ouverture rapide de la procédure il pourrait être plus approprié de choisir un critère autre que la cessation générale des paiements, tout au moins si la procédure est engagée par le débiteur. On a proposé la pénurie prévisible de liquidités, critère qui permettrait à un débiteur d'anticiper une crise financière et d'utiliser le processus de redressement pour se sortir de ses difficultés financières, un but qui correspondait aux principaux objectifs convenus par le Groupe de travail. La pénurie prévisible de liquidités pouvait, a-t-on déclaré, viser des cas tels que ceux où le débiteur était confronté à la perspective d'une importante action en responsabilité civile délictuelle ayant de grandes chances d'aboutir. Selon une autre opinion, cependant, il fallait un critère suffisamment souple pour s'appliquer à différents cas. On pourrait, à cet effet, ne pas appliquer de critère d'ouverture, à condition qu'il existait des garanties contre les abus de procédure; en effet, une procédure de redressement était parfois engagée pour retarder l'inévitable et dépenser le peu de fonds restant au débiteur. Une façon de traiter ce problème pourrait être de prévoir d'emblée une sorte d'évaluation du débiteur (qui pourrait être effectuée, par exemple, par le tribunal ou un expert indépendant) et qui viserait à déterminer, parmi les différentes procédures possibles, celle qui serait adaptée à ce débiteur, en notant que le redressement ne constituait pas une procédure unique mais une hiérarchie de processus allant du simple moratoire à la procédure complète de redressement. Il a été noté qu'une méthode d'évaluation pourrait

se révéler coûteuse et retarder inutilement la procédure. D'autres approches associaient les créanciers au processus, ces derniers étant tenus de voter sur la faisabilité du plan de redressement dans un certain délai ou la preuve de la bonne foi devant être apportée devant les tribunaux. Les membres du Groupe de travail ont donné des exemples de procédures de redressement et de critères d'ouverture applicables dans différents droits nationaux.

La suspension (par. 112)

66. Les membres du Groupe de travail sont généralement convenus de l'importance, pour la procédure de redressement, de la suspension des droits d'exécution et de la nécessité de l'appliquer universellement à tous les créanciers. Un certain nombre de points ont été examinés concernant les questions de savoir à qui la suspension devrait s'appliquer; si elle devrait s'appliquer automatiquement ou au gré du tribunal; quels étaient le délai d'application et les voies de recours contre cette suspension.

67. S'agissant de l'universalité de la suspension, il a été noté qu'une approche universelle permettait d'éviter tout différend quant aux sûretés qui étaient essentielles ou non pour l'activité de l'entreprise. On a fait observer, toutefois, qu'il n'était peut-être pas nécessaire d'inclure certains types de sûreté dans la suspension et que cette exclusion pourrait présenter des avantages. On s'est aussi demandé, dans le même ordre d'idées, s'il fallait également suspendre le droit du débiteur d'aliéner ses actifs ou de les grever pour préserver la masse des biens, mais des doutes ont été exprimés quant à l'utilité véritable de cette mesure pour redresser l'entreprise débitrice.

68. Pour ce qui est de l'application automatique de la suspension, les opinions ont été partagées. On a noté que tous les pays ne la prévoyaient pas dans leur droit, justifiant cette approche par le fait qu'une partie du marché passé entre le créancier et le débiteur serait vraisemblablement l'exécution rapide et sans ingérence des créances. Pour ce qui est d'éviter les différends grâce à une application automatique de la suspension, on a fait observer que ce type de suspension risquait de donner lieu à des demandes de modification auprès des tribunaux alors que les suspensions qui étaient discrétionnaires risquaient d'entraîner des différends impliquant un recours aux tribunaux pour les faire appliquer. Aucune des deux formules n'offrait davantage de possibilité de réduire le risque de différend; l'application aussi bien que la levée de la suspension auraient un coût. On a fait observer, en réponse à cet argument, que les deux types de suspensions pourraient certes donner lieu à des litiges, mais qu'ils se produiraient à des stades différents de la procédure. La suspension automatique présentait l'avantage de pouvoir être appliquée dès le début de la procédure et d'être donc immédiatement bénéfique pour l'administrateur et la masse des biens. D'autres techniques permettraient, a-t-on affirmé, de parvenir aux mêmes résultats que ceux découlant de l'application de la suspension (qu'elle soit automatique ou discrétionnaire); demander au débiteur de négocier avec les créanciers, par exemple, serait un bon critère de viabilité et de faisabilité du plan de redressement et un plan crédible obtiendrait probablement l'approbation d'un créancier titulaire d'une sûreté. Dans ce cas, la non-suspension de l'exécution des créances de créanciers titulaires d'une sûreté ne nuirait peut-être pas au processus.

69. Les membres du Groupe de travail sont généralement convenus que la dérogation à la suspension (à savoir sa levée totale ou partielle ou une restriction) était une question importante. Quant à sa durée, on a souligné qu'une suspension indéfinie pourrait léser les créanciers titulaires d'une sûreté et diminuer la valeur des sûretés. Une suspension pouvant n'être nécessaire que pour permettre certaines actions, elle pouvait n'être que temporaire.

Cette question était étroitement liée à l'un des principaux objectifs examinés par le Groupe de travail, à savoir un règlement à temps et efficace des insolvabilités. En conséquence, il pourrait être approprié d'imposer des délais pour l'établissement du plan de façon à ce que la suspension soit d'une durée limitée. Il fallait également déterminer s'il convenait de lier la durée de la suspension à l'ampleur et à la complexité de la procédure de redressement.

Administration des affaires du débiteur (par. 113 à 116)

70. Selon une opinion largement exprimée, on ne pouvait convenir d'aucune règle générale et stricte sur la question de l'administration des affaires du débiteur pendant la procédure de redressement. Selon un avis, il existait un certain nombre de cas où la situation du débiteur ne pouvait être attribuée à une mauvaise gestion ou à un abus de confiance et il n'y avait donc aucune raison impérieuse d'ôter aux dirigeants leurs responsabilités de gestion. Selon un avis contraire, puisque les dirigeants étaient responsables des difficultés financières du débiteur, ils ne devraient plus pouvoir administrer les affaires, cette tâche devant être confiée à un administrateur. Dans d'autres cas, même lorsqu'il y avait mauvaise gestion, la nature technique des affaires pourrait exiger une participation étroite et continue des anciens dirigeants pour assurer le bon fonctionnement du débiteur au quotidien, même si des professionnels extérieurs étaient recrutés pour gérer l'entreprise. La nomination d'un professionnel extérieur pourrait rassurer les créanciers et les fournisseurs et rétablir la confiance dans l'entreprise. Il serait également possible d'autoriser les dirigeants à prendre des décisions relatives aux affaires courantes de l'entreprise, mais sous la supervision d'un administrateur ou des tribunaux ou sous une surveillance moins directe pouvant être exercée par le biais des tribunaux si cela se révélait nécessaire.

71. On a fait observer que la note du secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50) ne mentionnait pas la participation des créanciers à la gestion et au suivi des affaires du débiteur, ce qui pourrait constituer un élément supplémentaire de surveillance des activités des dirigeants. La défiance des créanciers à l'égard des dirigeants pourrait être un motif suffisant pour révoquer ces derniers ou choisir la liquidation. On a fait également observer que la note du secrétariat n'indiquait pas clairement le moment auquel la question de l'administration devenait importante. On pourrait établir une distinction claire entre l'administration des affaires de l'entreprise avant l'établissement et l'approbation du plan et après cette approbation. Un administrateur pourrait être nommé pendant cette période intérimaire, mais c'est dans le plan que la question de la continuité de l'administration devait être traitée, qu'il s'agisse du coût ou de la façon de protéger au mieux les intérêts de l'entreprise.

Élaboration et contenu du plan de redressement (par. 117 à 122)

72. Différents avis ont été exprimés quant à l'identité de la partie qui devrait avoir la possibilité d'élaborer le plan de redressement. On a souligné que l'élaboration de ce plan était un élément décisif du redressement et portait sur un certain nombre de questions délicates telles que le financement du débiteur par la suite. Selon l'un des avis exprimés au sujet de l'élaboration du plan, le débiteur devrait se voir confier cette tâche étant donné qu'il serait le mieux placé pour comprendre l'entreprise et disposait de renseignements détaillés à son sujet. Selon un autre avis exprimé, cette méthode risquait de ne pas donner les meilleurs résultats étant donné que le débiteur pourrait avoir tendance à sous-évaluer l'entreprise et pourrait avoir une vue faussée de ce qui pourrait être nécessaire pour la redresser. Il serait peut-être plus avantageux pour l'issue du redressement de permettre aux

créanciers d'élaborer ce plan, ou pour le moins de participer à son élaboration, de formuler une contre-proposition à toute proposition du débiteur ou de modifier toute proposition émise par le débiteur (une procédure devrait peut-être être mise au point à cet effet). On a fait observer que l'accès à des renseignements suffisants concernant le débiteur était l'un des problèmes que les créanciers pourraient rencontrer dans l'élaboration d'un plan, bien qu'il ait été suggéré que le tribunal ou l'organe chargé de la surveillance pourrait donner au débiteur l'ordre de fournir les renseignements nécessaires ou que ces renseignements auraient été communiqués pendant la période d'enquête et d'examen qui intervenait à l'ouverture du redressement dans certains systèmes. Selon un autre avis, s'il était vrai qu'un spécialiste extérieur pourrait être bien placé pour entendre les intérêts des différentes parties, il ne devrait pas être le seul responsable de l'élaboration du plan, mais fournir une assistance lorsque cela serait nécessaire.

73. Une méthode permettant de répondre à la nécessité d'intéresser toutes les parties au processus pourrait consister à accorder au débiteur une période exclusive pour l'élaboration du plan de redressement et, au cas où il ne le ferait pas, à autoriser les créanciers et l'administrateur à élaborer ce plan. On a suggéré qu'en règle générale, ce qui était nécessaire était d'adopter une approche qui soit souple, qui ne donne pas un droit exclusif d'élaboration à l'une quelconque des parties (débiteur, créanciers ou tiers neutre tel que l'administrateur), mais qui favoriserait les consultations entre les différentes parties intéressées (et qui pourrait comprendre par exemple la participation de syndicats et de services publics) et avec des experts selon que de besoin. Cette procédure assurerait très probablement l'élaboration d'un plan qui pourrait être approuvé et mis en œuvre de manière satisfaisante.

La procédure – Approbation du plan (par. 123 à 133)

74. Une condition préalable indispensable à l'approbation du plan est de connaître avec certitude les créanciers de la masse. Des questions telles que la validité des créances, la fraude, l'application des pouvoirs d'annulation, les délits d'initiés, le règlement des différends, la répartition des créanciers en différentes catégories ou classes (ce qui est utile en présence de créanciers détenteurs de crédits très différents), le calcul en pourcentage de la valeur des créances (lorsque cela jouait un rôle déterminant dans un vote majoritaire) et l'aptitude générale à voter devaient être réglées afin de déterminer, ce qui constituait l'ensemble des créanciers et la manière dont cet ensemble devrait être constitué aux fins du vote au moment de l'approbation du plan.

75. On a noté qu'il était impossible de recommander une procédure unique d'approbation étant donné que ce qui était nécessaire pouvait varier d'un cas à l'autre; des majorités différentes et des procédures de vote différentes pourraient être nécessaires en fonction de la teneur du plan, des différents types de responsabilités mises en cause et de la manière dont les minorités pourraient être protégées. Une question connexe consistait à déterminer qui devrait répondre à ces questions, les tribunaux, l'administrateur, un arbitre ou une autre partie.

76. S'agissant de la majorité, on a noté qu'un système de majorité simple en ce qui concernait le nombre des créanciers risquait d'introduire une discrimination contre les gros créanciers, alors que ces gros créanciers risquaient d'être inégalement avantagés si le seul critère retenu était la valeur des créances. De nombreux systèmes adoptaient à la fois des critères de nombre et de valeur, mais on a relevé que cela risquait aussi de poser des

problèmes si un très petit nombre de gros créanciers et un très grand nombre de petits créanciers devaient participer au même plan de redressement; un exemple cité à cet égard concernait 29 banques représentant 95 % des créances et 2 000 créanciers ne représentant pas plus de 2 % des créances (dans ce cas, ces derniers ont pu faire rejeter un plan convenu par les banques).

Pouvoirs d'annulation (par. 134 et 135)

77. Le Groupe de travail a procédé à des échanges de données d'expérience sur l'application des pouvoirs d'annulation des transactions (négociés avant la procédure d'insolvabilité) qui avantageaient certains créanciers de manière inéquitable. De l'avis général, les pouvoirs d'annulation étaient tout aussi importants pour le redressement que pour la liquidation, car en matière de redressement, la survie de l'entreprise était la préoccupation centrale et la possibilité d'avoir recours à des pouvoirs d'annulation devait être maintenue pendant toute la procédure afin de faciliter la réussite du redressement. À titre de comparaison, on a cité un exemple dans lequel les pouvoirs d'annulation ne pouvaient pas être exercés en cas de redressement, mais où la procédure de redressement était conçue de manière à laisser aux créanciers le soin de choisir entre redressement et liquidation (lorsque des pouvoirs d'annulation existaient) et à amener les créanciers à participer aux négociations de redressement dans les transactions annulables.

78. Dans certains cas, les pouvoirs d'annulation pouvaient être exercés par l'administrateur et, dans d'autres, le débiteur possédant l'entreprise pouvait exercer ces pouvoirs en tant que mandataire. Afin d'éviter les conflits d'intérêt lorsque le débiteur titulaire pourrait hésiter à annuler des transactions auxquelles il avait été étroitement mêlé, les créanciers ou le tribunal pourraient intervenir pour imposer l'annulation de ces transactions spécifiques.

79. D'autres cas ont été cités dans lesquels les pouvoirs d'annulation étaient différents dans la procédure de liquidation et dans la procédure de redressement pour ce qui était par exemple des délais; lorsque la liquidation faisait suite à l'échec d'une procédure de redressement, les pouvoirs d'annulation dans la liquidation permettraient au liquidateur d'annuler les contrats conclus à la fois avant et après l'ouverture du redressement qui a échoué.

Traitement des contrats (par. 137 et 138)

80. Un avis a été exprimé quant à l'opportunité de résilier les contrats (en particulier les contrats de travail), mais on a noté que, dans bien des cas de redressement, il serait nécessaire de résilier les contrats lourds à gérer. Cela dit, une bonne part de la valeur de l'entreprise concernée pourrait être sous forme de contrats et la possibilité d'honorer les contrats, sous réserve de remédier aux défaillances, serait très précieuse pour le redressement. On a noté que cela pourrait mettre en jeu le pouvoir d'annuler les clauses contractuelles prévoyant la résiliation des contrats en cas de procédure d'insolvabilité. On a fait observer que de nombreux systèmes juridiques réservaient un traitement spécial à certains types de contrats, notamment les contrats de travail, les contrats financiers et certains types de baux et de licences. Ce traitement spécial se fondait habituellement sur un ensemble de préoccupations suscitées par l'intérêt général, sur l'équité et sur une prise en compte pragmatique des besoins de marché. S'agissant de la nature des contrats qui pourraient être honorés ou résiliés, il a été suggéré qu'une approche souple devait être adoptée dans la loi sur l'insolvabilité, l'expérience ayant montré que, lorsque la loi sur l'insolvabilité exigeait que tous les contrats soient honorés, cela s'était avéré préjudiciable au patrimoine de l'entreprise.

81. La question des dommages a suscité un certain nombre d'observations et, de l'avis général, l'exercice des pouvoirs pour poursuivre et résilier les contrats nécessitait un équilibre entre les avantages qui en résulteraient pour la masse et les dommages qui en résulteraient probablement, en particulier pour les autres parties. Les contrats de travail, par exemple, même s'ils étaient généralement considérés comme des exceptions à l'application de ces pouvoirs et étaient généralement plus difficiles à résilier que d'autres formes de contrats, soulevaient des questions d'équilibre entre le maintien des emplois et le maintien des salaires, en particulier lorsque le maintien des contrats de travail risquait de menacer la réussite du redressement.

82. La possibilité de céder des contrats a été signalée comme revêtant une importance particulière lorsque l'entreprise devait être vendue et lorsque le transfert de certains contrats revêtait une importance capitale pour la vente. Ce pouvoir de transfert ne devait pas nécessairement être stipulé dans la loi sur l'insolvabilité car il pouvait être prévu en vertu de dispositions juridiques générales. Une autre question dont l'importance a été signalée était le moment où intervenait la possibilité d'exécuter le contrat ou de le résilier; il a été suggéré que la possibilité d'exercer ces pouvoirs devrait être maintenue pendant toute la durée de la procédure.

Financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 139 à 141)

83. On a noté que le financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait porter non seulement sur l'obtention de moyens de financement, mais aussi sur les crédits commerciaux et les prorogations en vertu de contrats existants.

84. S'agissant de la question des encouragements qui pourraient être fournis pour garantir l'obtention d'un financement après l'ouverture de la procédure, on a fait observer qu'il existait certaines divergences entre les propositions formulées aux paragraphes 140 et 141 de la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50). Dans son rapport, le FMI a suggéré que, s'il était possible d'accorder à un créancier un privilège par rapport à d'autres créanciers titulaires de créances d'administration, l'octroi d'un privilège par rapport aux créanciers titulaires d'une sûreté risquait de porter atteinte à la valeur de la garantie. En revanche, la BAD avance dans son rapport qu'un "superprivilège" pourrait être accordé pour garantir l'obtention de moyens de financement pour couvrir les besoins professionnels réguliers et urgents de la société débitrice.

85. Un certain nombre d'avis différents ont été exprimés sur cette question importante. On a noté à titre préliminaire qu'avant que l'administrateur ne puisse décider comment obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, moyennant ou non la constitution d'une sûreté sur les biens non grevés ou sur les biens en partie grevés ou encore par l'octroi d'un privilège, il était capital que les actifs existants de l'entreprise soient évalués. Une autre question de caractère préliminaire concernait la nécessité d'établir une distinction entre les moyens de financement nécessaires avant l'approbation du plan de redressement et les moyens de financement nécessaires pour la mise en œuvre de ce plan. On a noté que, dans ce dernier cas, le financement serait en règle générale prévu dans le plan de redressement et supposerait donc des négociations avec les créanciers existants. Certains de ces créanciers pourraient décider de rendre le plan viable en fournissant les moyens de financement nécessaires par un ensemble d'arrangements distincts qui ne nécessiteraient pas nécessairement l'octroi d'un privilège quelconque.

86. Lorsque des moyens de financement devaient être obtenus avant l'approbation du plan, un certain nombre de restrictions ont été signalées comme étant nécessaires. Selon l'une des suggestions formulées, ce type de financement devrait être approuvé par le

tribunal, bien que l'on ait noté que, dans certaines juridictions, le tribunal avait tendance à approuver d'office la demande de l'administrateur car il n'avait pas les compétences nécessaires pour prendre une décision essentiellement commerciale. Selon un autre avis, si l'octroi d'un superprivilège pourrait être important dans certains cas, le demandeur de ce superprivilège devrait être tenu de prouver que le financement ne pouvait être obtenu d'une autre manière et qu'une protection suffisante était prévue pour les autres créanciers. Il a été suggéré que les pouvoirs des administrateurs en ce qui concerne ces privilèges soient strictement limités, en envisageant de faire participer les banques et les créanciers à la décision. Dans un système, l'administrateur était tenu pour personnellement responsable de l'actif de la masse au cours de la période d'administration et devait donc être particulièrement prudent pour l'octroi de sûretés et de privilèges.

87. On a fait observer que, dans la pratique, les créanciers participaient généralement aux négociations avec les administrateurs sur ces questions et que, bien souvent, un seul gros créancier prenait à sa charge le redressement et était disposé à avancer des crédits qui seraient par la suite comptabilisés dans le plan de redressement. Sur la question des superprivilèges en général, on a fait valoir que ces privilèges étaient contraires à la protection des intérêts des créanciers; le choix à faire nécessitait une évaluation de questions sociales plus vastes, comme par exemple l'équilibrage et la protection des droits *in rem* et de l'emploi. Selon une autre suggestion, si l'objectif d'une ouverture rapide de la procédure pouvait être atteint, de telle sorte que la valeur de l'actif dépasserait probablement les demandes des créanciers, il serait possible de prévoir une garantie pour de nouveaux fonds. Si toutefois la pratique générale consistait à ouvrir la procédure à un stade plus avancé, des difficultés se poseraient toujours pour les nouveaux moyens de financement en raison de l'absence de valeur excédentaire; la question générale portait sur la pratique du recours à des procédures de redressement dans différents pays.

Redressement préparé et prénégocié (par. 142 et 143)

88. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues sur la possibilité de recourir à des formes préparées et prénégociées de redressement, la mesure dans laquelle de telles formes étaient utilisées, lorsqu'elles étaient disponibles, et la mesure dans laquelle elles pouvaient être considérées comme efficaces. Il a été noté que, dans certains cas, elles fonctionnaient extrêmement bien et offraient une solution de rechange à un redressement formel, qui était normalement moins onéreuse et moins complexe, entravait et perturbait moins les affaires du débiteur et permettait d'obtenir des résultats plus rapides.

89. Toutefois, dans certains types d'affaires, de telles procédures ne fonctionnaient pas toujours, notamment lorsqu'il y avait des créances non liquidées ou de nombreuses petites créances. Ces procédures étaient utiles lorsque les principaux prêteurs étaient arrivés à un accord, mais que quelques créanciers refusaient de s'y joindre et empêchaient que l'on arrive à l'unanimité requise. Dans de tels cas, la combinaison d'une procédure extrajudiciaire et d'une procédure d'insolvabilité offrait la possibilité de faire face à cette absence d'unanimité et de faciliter le redressement, sans que l'on perde pour autant le bénéfice d'accords conclus dans le cadre de la procédure de redressement préparé. Il a été noté qu'une des importantes caractéristiques de ces procédures tenait au fait que les tribunaux étaient disposés à reconnaître un accord conclu avant la demande d'approbation, encore qu'il ait été noté que, dans certains cas, le tribunal éprouverait peut-être des difficultés à s'acquitter de sa fonction d'approbation lorsqu'il n'avait pas participé à la procédure de redressement préparé ou n'avait pas suffisamment d'expérience dans le

domaine commercial. Il a également été noté qu'il faudrait examiner la question de la rémunération des spécialistes dans le cadre de telles procédures.

Passage du redressement à la liquidation

90. Le Groupe de travail a étudié les effets d'un défaut d'approbation d'un plan de redressement et la question de savoir si la procédure pouvait ou devait être alors transformée en procédure de liquidation. Alors que les lois de certains pays prévoyaient un passage automatique à la liquidation dans de telles circonstances, il a été noté que cela était en général fonction de la nature du régime de l'insolvabilité et de la question de savoir si les procédures étaient unitaires ou distinctes.

91. Dans le cas d'un régime d'insolvabilité prévoyant des procédures séparées, il était souhaitable d'assurer une coordination efficace entre ces procédures, notamment pour ce qui était des règles de ces procédures et de la manière, par exemple, dont les règles relatives au redressement pourraient avoir des incidences sur une liquidation ultérieure. La question du passage d'une procédure à l'autre relevait en général des tribunaux qui, dans certains cas, permettaient un passage du redressement à la liquidation et vice-versa, alors que, dans d'autres, ils ne permettaient un passage que du redressement à la liquidation. En outre, cette conversion était permise non seulement lorsqu'un plan n'avait pas été approuvé, mais aussi ultérieurement lorsque le plan ne pouvait être mis en œuvre (voir également à-dessus, par. 38).

Autres questions qui pourraient faire l'objet d'un examen

92. Après un débat sur les caractéristiques de base des procédures de redressement, le Groupe de travail a étudié d'autres questions qui pourraient figurer parmi les caractéristiques de base d'un régime d'insolvabilité. La question de l'insolvabilité des sociétés affiliées a été soulevée et, en particulier, celle de savoir s'il serait souhaitable de permettre que les demandes soient présentées devant un seul tribunal et examinées par lui seul, plutôt que devant des tribunaux différents, là où étaient situés les différents éléments constitutifs de la société, ce qui dans certains cas poserait des problèmes de caractère transnational. Il a été avancé que, dans la pratique, bien que les lois relatives à l'insolvabilité tendent à être axées sur des entités particulières, celles-ci étaient souvent organisées en groupes et des procédures d'insolvabilité coordonnées ou fusionnées présenteraient divers avantages. Très souvent, une entité était largement tributaire de la valeur d'une autre entité au sein du groupe et une procédure d'insolvabilité devant un tribunal unique non seulement faciliterait l'identification des créanciers, la détermination des créances et l'évaluation de la valeur des actifs, mais permettrait aussi d'examiner globalement l'ensemble des obligations des différentes entités. Il a toutefois été noté que l'insolvabilité des sociétés affiliées posait l'importante question du dévoilement de la structure des sociétés; dans certains pays, cela était autorisé, afin d'inclure les sociétés affiliées dans la procédure d'insolvabilité, alors que dans d'autres, cela ne l'était pas.

93. Il a été jugé que la question de l'insolvabilité des sociétés affiliées pourrait faire l'objet d'un examen de la part du Groupe de travail.

e) Participation des créanciers (par. 144 à 147)

94. Selon un avis, il était important, en tant que principe général, de favoriser la participation des créanciers aux procédures tant de redressement que de liquidation. Il a été noté que cela était particulièrement utile lorsque le débiteur pouvait disposer de pouvoirs plus importants, comme dans le cas du redressement, afin que les créanciers

puissent contrôler les activités du débiteur et effectuer les vérifications nécessaires. Il a toutefois été avancé que le principe général à l'appui de la participation du créancier devrait être mis en regard d'un certain nombre de facteurs, notamment les suivants: le coût de la participation des créanciers et la manière dont ce coût serait acquitté; le fait que le pouvoir de participation ou d'intervention dans la procédure dont pouvaient disposer les créanciers ne devait pas inutilement entraver les progrès du redressement; les questions liées au gouvernement d'entreprise et aux obligations en matière, par exemple, de traitement des informations commerciales confidentielles et les questions de procédure telles que la formation de comités de créanciers et le droit de vote; et enfin la manière dont on pourrait traiter des questions liées à l'intérêt des créanciers eux-mêmes et à la mauvaise foi.

95. À l'appui de la participation des créanciers, on a avancé que ceux-ci pouvaient à la fois jouer un rôle consultatif et remplir une fonction de promotion. Ils pouvaient par exemple fournir une assistance spécialisée pour la réalisation des actifs, vérifier les honoraires et dépenses imputés sur la masse, ainsi que les actions intentées par le liquidateur à l'encontre de tiers et assurer une fonction de supervision. Lorsque des comités de créanciers devaient être constitués, le moment de leur constitution était important; dans certains cas également, il pouvait être important d'envisager de rémunérer les représentants des créanciers. Lorsque le redressement concernait des entités affiliées et différents groupements d'intérêt, il était difficile de déterminer de quelle manière les créanciers seraient le plus efficacement représentés et il pouvait être nécessaire de constituer plusieurs comités.

f) Syndics et administrateurs (par. 148 à 153)

96. Il a été noté en premier lieu que le recours à des spécialistes dûment formés avait des conséquences majeures sur la mise en place d'une procédure d'insolvabilité ordonnée et efficace. Afin de renforcer et de préserver l'expérience et les compétences de ces spécialistes, il était essentiel de mettre sur pied des programmes appropriés d'enseignement et de formation continue.

97. Différentes qualifications étaient requises des syndics et des administrateurs selon les pays, la tendance étant clairement dans certains pays à l'imposition de normes plus élevée. On recourait aussi bien à des praticiens du secteur public qu'à des praticiens du secteur privé, selon le type de procédure. Dans certains cas, par exemple, l'administration des biens comportant très peu ou pas du tout d'éléments d'actif était confiée au secteur public, alors que, dans d'autres, elle pouvait être confiée au secteur privé, soit sur la base d'un système de rotation, soit à titre gracieux. Dans d'autres cas, les syndics ne pouvaient provenir que du secteur public, alors que les administrateurs pouvaient être des spécialistes du secteur privé. Les qualifications des spécialistes désignés pouvaient dépendre des compétences requises en matière comptable, juridique ou commerciale dans le cadre de la procédure. Dans certains pays, des mécanismes d'habilitation avaient été mis sur pied afin de réglementer la profession et des sanctions pouvant aller jusqu'au retrait de cette habilitation pouvaient être imposées en cas de conduite inappropriée. En outre, les lois relatives à l'insolvabilité pouvaient exiger du syndic ou de l'administrateur qu'il dépose un cautionnement, afin d'éviter le risque de le voir disparaître avec les actifs, ou lui imposer une responsabilité personnelle pour ce qui était de la protection des actifs. La nomination des syndics et des administrateurs était souvent contrôlée par les tribunaux, avec ou non la participation des créanciers.

98. La rémunération des spécialistes posait des problèmes dans certains pays et diverses solutions étaient envisagées. Dans certains cas, la rémunération pouvait être horaire, dans d'autres, des honoraires étaient fixés; on pouvait aussi prévoir des honoraires proportionnels aux résultats. Il a été noté que cette dernière solution pouvait inciter un spécialiste à accepter d'administrer une masse ne disposant apparemment pas d'actifs, car les honoraires seraient alors fonction des actifs que l'administrateur pourrait récupérer.

g) Le tribunal (par. 154 à 156)

99. Les membres du Groupe du travail ont échangé des vues sur le rôle des tribunaux dans différents régimes d'insolvabilité. Ils ont examiné en particulier les fonctions essentielles du tribunal dans la procédure d'insolvabilité; le type de tribunal pouvant être nécessaire; et l'expérience ainsi que les connaissances des juges et autres professionnels de l'insolvabilité, y compris les questions relatives à la formation, notamment permanente.

100. S'agissant des fonctions essentielles du tribunal, il était clair que ce dernier devait exercer diverses fonctions, qui dépendaient de la manière dont était structuré le régime d'insolvabilité et de l'importance donnée à la fonction de surveillance. Il fallait établir une distinction entre la participation du tribunal au processus de liquidation et à celui de redressement. On a déclaré que la surveillance générale du processus de redressement, par exemple, pourrait être confiée à une instance administrative, les créanciers étant étroitement associés à un processus consultatif de décision. Ce n'est qu'en cas de problèmes que le tribunal interviendrait et assumerait une fonction de surveillance.

101. En cas de procédure unique, le tribunal pourrait exercer une fonction de surveillance dès avant le début de la procédure, les créanciers prenant en partie le relais une fois cette procédure officiellement engagée. Dans une procédure de liquidation, le tribunal était généralement appelé à exercer une fonction de surveillance mais le degré d'intervention différait selon les régimes. Dans certains cas, l'intervention était directe et importante, alors que dans d'autres le tribunal ne faisait qu'apporter son appui, jouant le rôle d'arbitre chargé d'interpréter la loi, d'imposer des sanctions et d'aider au recouvrement des actifs, sur demande.

102. Un certain nombre d'avis divergents ont été exprimés à propos du type de tribunal qui pourrait être nécessaire pour faciliter le bon déroulement d'une procédure. Dans certains pays, il existait des tribunaux spécialisés qui fonctionnaient de manière très centralisée, ce qui permettait la constitution d'un réservoir de connaissances spécialisées considérables sur les questions d'insolvabilité, facilitait un traitement rapide et efficace des affaires et favorisait la prévisibilité de l'issue des procédures. Dans d'autres cas, les questions d'insolvabilité étaient traitées par les tribunaux de commerce, dont certains pouvaient avoir des chambres spécialisées dans l'insolvabilité. À propos de la création de tribunaux spécialisés, les préoccupations exprimées ont porté sur les questions suivantes: intégration de ces tribunaux (et de leurs juges) dans le système judiciaire général; importance dans le système national du droit de l'insolvabilité par rapport à d'autres domaines du droit; et satisfaction d'un certain nombre de priorités et d'exigences (dont certaines pouvaient être politiques), non limitées à l'insolvabilité, au sein de l'ensemble du système judiciaire national.

103. Les membres du Groupe de travail ont insisté non pas tant sur le type de tribunal devant connaître des affaires d'insolvabilité (et la nécessité de tribunaux spécialisés), que sur l'existence de juges et de professionnels de l'insolvabilité bien informés et expérimentés, et sur une définition claire de la participation de ces juges et autres professionnels à la prise de décisions de nature essentiellement commerciale. Plus

généralement, on a déclaré que la proposition de création de tribunaux spécialisés révélait le besoin de certitude, de prévisibilité et de transparence dans l'issue des procédures d'insolvabilité. Ces éléments non seulement étaient nécessaires pour faciliter les procédures nationales, mais pouvaient être particulièrement importants lorsque des investissements étrangers étaient en jeu. À cet égard, c'était l'ensemble du système judiciaire qui devait être sain et non pas seulement les tribunaux de la faillite et il était peu probable que la création de tribunaux spécialisés permette de résoudre les problèmes si ces tribunaux étaient coupés du reste du système judiciaire. Ce qu'il fallait, c'était intégrer la formation, en particulier continue, dans l'ensemble du système.

104. S'agissant de la formation, il a été noté que les juges et d'autres praticiens et spécialistes de l'insolvabilité devaient non seulement maîtriser le droit de l'insolvabilité mais connaître également de manière plus générale les lois portant sur les questions commerciales et financières. Dans certains pays, en particulier dans les États fédéraux, les juges de la faillite étaient généralement tenus de connaître de questions qui pouvaient relever de la loi d'autres juridictions (à savoir les lois des États et les lois fédérales), ce qui pouvait exiger des connaissances spécialisées et une expérience très larges. Les fonctions des juges de la faillite soulevaient également des problèmes en termes de séparation des pouvoirs de l'exécutif et du judiciaire, en particulier pour ce qui était de savoir ce qui pouvait être considéré comme des fonctions administratives ou judiciaires aux fins de la structure d'un droit de l'insolvabilité. On a noté qu'une coopération et un échange de vues entre les juges relevant de juridictions différentes contribueraient utilement à développer les connaissances et les compétences. On a déclaré en particulier que des colloques de juges, tels que ceux qui ont déjà été organisés conjointement par INSOL International et la CNUDCI, permettraient d'élaborer des déclarations relatives à la pratique du mécanisme de coopération.

h) Procédures d'insolvabilité informelles, y compris les restructurations extrajudiciaires (par. 157 à 160)

105. À différents stades des débats a été évoqué le fait qu'un débiteur en situation d'insolvabilité et ses créanciers engageaient souvent des négociations collectives extrajudiciaires afin de trouver une solution amiable aux difficultés financières dudit débiteur. Il a été noté que ce type de négociations (qui pouvaient comprendre, par exemple, l'apport de nouveaux crédits et une restructuration des opérations du débiteur) devaient, pour réussir, rassembler tous les créanciers ou au moins ceux qui représentaient la part essentielle des obligations du débiteur.

106. On a fait observer que de tels arrangements volontaires extrajudiciaires étaient souvent le moyen le moins coûteux de régler les difficultés financières d'une société insolvable. Ils lui donnaient une occasion importante de poursuivre ses activités, de préserver l'emploi et, en conservant sa valeur d'entreprise en activité, ils maximisaient fréquemment la valeur des actifs dont pourraient disposer toutes les parties intéressées. Les redressements extrajudiciaires permettaient aussi d'éviter nombre des dépenses, des retards et des difficiles problèmes de répartition qu'entraînait une procédure d'insolvabilité judiciaire.

107. On a en outre fait observer que les entreprises à croissance rapide des pays en développement avaient fréquemment de nombreux prêteurs situés dans différents pays. Lorsque ces entreprises étaient confrontées à des difficultés financières, il leur était souvent difficile d'organiser un règlement extrajudiciaire productif avec leurs créanciers multinationaux issus de diverses cultures commerciales. Les arrangements amiables étaient

aussi rendus difficiles du fait que chacun des créanciers pouvait demander des mesures d'exécution et qu'il fallait le consentement de tous pour modifier les conditions de remboursement des catégories de créances existantes. Dans le cas de transactions internationales complexes, il était particulièrement difficile d'obtenir l'accord de toutes les parties intéressées. C'est pourquoi, a-t-on déclaré, les mesures non coercitives adoptées pour faciliter des arrangements amiables n'avaient rencontré qu'un succès limité.

108. Il a été déclaré que, compte tenu de ces considérations, un mécanisme international visant à lier les créanciers pourrait grandement faciliter les arrangements volontaires extrajudiciaires. Selon une opinion, la Commission pourrait contribuer à la mise au point d'un mécanisme juridique qui pourrait être utilisé pour ces arrangements volontaires. Il a été proposé de restreindre les travaux aux affaires importantes d'insolvabilité internationale et à l'endettement auprès d'institutions financières, et de ne pas prendre en compte, par conséquent, des créanciers tels que les fournisseurs de biens ou de services et les salariés. Un tel mécanisme pourrait avoir pour objet d'énoncer les conditions dans lesquelles une solution convenue par une majorité pourrait être imposée à la minorité, de prévoir une suspension des actions et des exécutions par le groupe de créanciers visé et de veiller à ce que le groupe minoritaire soit traité équitablement.

109. On a toutefois fait observer que les prêts financiers étaient parfois consentis par des banques dans le pays du débiteur et que, par conséquent, le mécanisme proposé devrait s'appliquer aux principaux cas d'insolvabilité financière, même si les créanciers appartenaient au même pays que le débiteur.

110. On a fait observer que la plus forte incitation à l'ouverture de négociations extrajudiciaires étaient l'imminence, l'efficacité et la crédibilité des procédures visant l'exécution des créances et des sûretés et des procédures d'insolvabilité judiciaires non volontaires ainsi que le souhait du débiteur et des créanciers d'éviter les effets perturbateurs et contraignants de telles procédures. Lorsqu'une procédure judiciaire n'était ni crédible ni efficace (en raison, par exemple, de sa lenteur ou du manque d'équité dans le traitement des créanciers), le débiteur pourrait ne pas être disposé à entamer des négociations extrajudiciaires. Même la perspective d'un apport d'argent frais lié à une solution négociée à l'amiable pouvait ne pas être une incitation suffisante pour le débiteur dans la mesure où l'inefficacité d'une procédure judiciaire lui permettait de retarder l'exécution de ses obligations. Par ailleurs, l'expérience avait montré qu'il était nécessaire de faire pression sur certains créanciers qui pouvaient tenir bon dans l'espoir d'obtenir le remboursement intégral de leurs créances.

111. Des réserves ont été exprimées concernant la proposition d'élaborer un mécanisme législatif contraignant pour favoriser les négociations extrajudiciaires. On a déclaré que le processus informel des négociations extrajudiciaires pourrait se trouver entravé par le côté formel du mécanisme proposé. On a fait valoir par ailleurs que la proposition risquait de susciter une opposition, en particulier des milieux bancaires et que tous travaux futurs en la matière devraient donc être précédés de consultations avec ces milieux. En outre, tout concept législatif de ce type devrait peut-être être adapté à la situation des diverses régions et il serait difficile, par conséquent, de parvenir à des solutions universelles. On a déclaré que, dans la mesure où il était souhaitable de donner un caractère formel au mécanisme retenu, une institution suscitant et encourageant des négociations extrajudiciaires pourrait être utile, mais de tels arrangements institutionnels ne se prêtaient pas à des solutions internationalement harmonisées. On s'est également inquiété de savoir si les tribunaux étaient des organes appropriés pour se prononcer sur des questions essentiellement commerciales.

112. Toutefois, selon plusieurs membres du Groupe de travail, si un cadre législatif contraignant pour les négociations extrajudiciaires pouvait effectivement présenter des difficultés et des pièges, il n'en fallait pas pour autant abandonner la proposition formulée car un mécanisme bien pensé pourrait offrir d'importants avantages. On a ajouté que, si le rôle d'un tribunal dans les négociations informelles était limité à l'approbation de l'équité de la solution trouvée, ce mécanisme pourrait être largement acceptable et ne serait pas excessivement gênant.

113. Compte tenu des divergences d'opinion, il a été décidé de revenir sur cette proposition à un stade ultérieur, pendant la session en cours du Groupe de travail.

114. La discussion s'est poursuivie au sujet des "procédures d'insolvabilité extrajudiciaires", question dont le Groupe de travail a jugé qu'elle méritait d'être incluse dans les caractéristiques de base d'un régime d'insolvabilité qui serait mis au point par la Commission.

115. Selon certains avis exprimés, le mécanisme de négociation extrajudiciaire envisagé pourrait comprendre la création d'un centre extrajudiciaire qui serait habilité, par accord des parties, à évaluer si l'arrangement négocié entre le débiteur et la majorité des créanciers était équitable et, si tel était le cas, à lier la minorité des créanciers dissidents.

116. En réponse aux questions soulevées, il a été indiqué que le débiteur et les créanciers participeraient aux négociations extrajudiciaires dans leur propre intérêt ou en application de leurs obligations contractuelles et que tout mécanisme législatif qui serait mis au point ne devrait pas prévoir l'obligation pour le débiteur ou les créanciers de participer aux négociations.

117. Répondant à une autre question visant à élucider pourquoi le processus était limité aux créanciers financiers et ne portait pas sur les créanciers qui avaient fourni des biens ou des services au débiteur, plusieurs membres du Groupe de travail ont déclaré que l'expérience montrait que les créanciers financiers partageaient souvent des intérêts identiques ou analogues et qu'ils s'organisaient donc plus facilement entre eux pour des négociations avec le débiteur, ce qui n'était pas le cas pour les créanciers commerciaux. Par ailleurs, les négociations extrajudiciaires visaient précisément à réorganiser la structure du capital du débiteur et à rechercher de nouveaux moyens de financement, question qui pourrait plus être plus facilement réglée par des fournisseurs de moyens de financement que par des créanciers commerciaux. Enfin, les termes de l'accord conclu avec le débiteur autorisaient souvent les créanciers commerciaux à "tenir bon" jusqu'à la fin de la crise du débiteur et à être réglés en totalité ou à consentir un sacrifice moindre que les fournisseurs de fonds.

118. Plusieurs mises en garde et réserves ont été exprimées au sujet du travail envisagé: risque que les gros créanciers influents utilisent ce mécanisme pour imposer leurs vues sans tenir suffisamment compte des intérêts des petits créanciers ou des créanciers dissidents; manque de transparence du processus proposé, ce qui risquait d'être ennuyeux étant donné que le résultat devait lier les créanciers dissidents; le mécanisme envisagé ne devrait être utilisé que dans la mesure où les négociations ne tombaient pas sous le coup des lois et règlements appliqués dans le pays du débiteur ou de traités internationaux; il était indispensable que le mécanisme envisagé fasse en dernière analyse l'objet de la supervision d'un tribunal; ce mécanisme, en particulier s'il comportait la création d'un centre extrajudiciaire tel qu'un tribunal d'arbitrage, risquait d'être plus coûteux que le mécanisme faisant intervenir un tribunal et les négociations pourraient se dérouler en un lieu éloigné du centre d'activité du débiteur ce qui, pour cette raison, pourrait imposer une

lourde charge au débiteur et à certains créanciers. En réponse à ces préoccupations, on a fait valoir qu'au vu de l'expérience acquise dans le cadre des restructurations extrajudiciaires, ces procédures étaient moins coûteuses et plus efficaces que les procédures de redressement judiciaires.

119. On a pensé qu'il serait nécessaire d'élaborer des critères et des règles de fond en vertu desquels les créanciers minoritaires pourraient être liés par un arrangement négocié par la majorité des créanciers et qu'un équilibre adéquat devrait être trouvé entre la nécessité de préserver le caractère confidentiel de certaines catégories de renseignements communiqués au cours des négociations et la nécessité d'assurer la transparence du processus.

120. On a fait valoir, et le Groupe de travail s'est rallié à ce point de vue, que l'essentiel des compétences et de l'expérience en matière de négociations et d'arrangements extrajudiciaires appartenait à des organisations telles que le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, le Groupe des Trente, l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL International) et l'Association internationale du barreau et que tout travail au sein de la Commission devrait être effectué en étroite collaboration avec ces organisations et avec des représentants du secteur financier.

121. À l'issue du débat, il a été décidé qu'il existait un appui suffisant au sein du Groupe de travail pour proposer à la Commission d'inscrire à son ordre du jour la question des arrangements extrajudiciaires entre les titulaires de créances financières et le débiteur, en prévoyant aussi la possibilité de lier les créanciers dissidents.

Autres sujets envisageables

122. Après avoir examiné les questions relatives aux procédures de redressement et aux procédures extrajudiciaires, le Groupe de travail est passé aux procédures d'insolvabilité en général qu'il pourrait envisager de traiter dans le cadre de ses travaux futurs possibles. Les sujets proposés ont été les suivants: opérations exigeant un traitement particulier tel que la compensation monétaire de groupe (qui pourrait être applicable dans des domaines tels que les transferts de fonds, le clearing et l'exécution des sûretés, les swaps de monnaies et les opérations sur produits dérivés); catégories spéciales d'institutions telles que les banques, les compagnies d'assurances et les arrangements de courtage sur valeurs mobilières; entreprises d'État; questions relatives aux liquidités dans les cas, par exemple, où il est nécessaire de créer un mécanisme facilitant la vente de créances pour dégager des capitaux susceptibles de favoriser le redressement; questions relatives au mode de gestion des entreprises, telles que le pouvoir d'effectuer de nouveaux investissements et de mobiliser de nouveaux capitaux, qui existait dans certains pays, mais qui dans d'autres pouvait être restreint ou limité du fait que les dirigeants engageaient leur responsabilité personnelle; questions sectorielles où l'accent serait mis sur certains secteurs d'activité et les questions d'insolvabilité qui leur sont particulières (par exemple les transports et certaines industries manufacturières); processus internationaux, y compris les incidences du commerce électronique et des systèmes informatiques (par exemple pour ce qui était de la notification et de la facilitation des négociations entre des parties géographiquement éloignées); questions relatives à l'administration des entités sans actifs et à la fixation de priorités, en particulier la mesure dans laquelle les créanciers devraient avoir la priorité s'ils fournissaient des fonds pour le redressement en cours; insolvabilité des multinationales et leur impact sur des entités y étant rattachées; et questions liées aux sociétés "phœnix", où les dirigeants d'une entité insolvable réapparaissent dans la direction d'une entité analogue ayant des problèmes similaires.

123. À la suite du débat, on a déclaré que les questions relatives aux opérations exigeant un traitement particulier et aux catégories spéciales d'institutions ne devraient pas être incluses dans la liste des autres sujets envisageables car elles exigeaient des ressources et des connaissances spécialisées dont ne disposait peut-être pas le Groupe de travail (voir par. 36). Il a été noté qu'un certain nombre d'autres questions proposées étaient déjà traitées dans le cadre d'autres sujets qu'il avait été largement convenu d'inclure dans les caractéristiques de base des régimes d'insolvabilité: ainsi il avait déjà été décidé d'examiner la question des entités publiques (voir par. 37); les processus internationaux et en particulier le commerce électronique pourraient ne pas constituer des sujets séparés et être intégrés dans d'autres questions de fond; quant aux questions relatives aux liquidités, elles pourraient être incluses dans l'examen des créances. Les entreprises "phoenix" soulevaient aussi un certain nombre de problèmes s'apparentant à ceux qu'il était déjà convenu d'inclure, en particulier la fraude (voir par. 30 et 60), les modes de gestion des entreprises et les insolvabilités de groupe (voir par. 92 et 93). S'agissant des entreprises d'État, il a été déclaré que l'on pourrait aussi examiner les entreprises qui étaient financées par l'État et la mesure dans laquelle elles pouvaient convenir de la réduction de leurs dettes.

124. À divers stades des débats, mention a été faite également du rôle des sûretés dans la procédure d'insolvabilité (par exemple le traitement et la priorité des créanciers titulaires d'une sûreté, la nécessité de fournir des garanties solides pour tout financement ultérieur à l'ouverture de la procédure). À cet égard, il a été déclaré, au nom de la Banque asiatique de développement, que l'un des projets régionaux d'assistance technique de cette banque portait sur la modernisation du droit des sûretés. Étant donné l'importance croissante des sûretés pour le développement du commerce, il pourrait être utile que la Commission examine le sujet à une session future. Il a été noté, avec satisfaction, que le secrétariat avait entrepris la rédaction d'une note pour la trente-troisième session de la Commission passant en revue les travaux des diverses organisations internationales dans le domaine des sûretés et examinant les questions qui n'avaient pas fait l'objet de mesures d'harmonisation de manière à permettre à la Commission de déterminer si de nouveaux travaux se justifiaient en la matière.

D. Travaux futurs possibles: forme et faisabilité

125. S'agissant de la forme à donner aux travaux futurs que la Commission pourrait entreprendre, on a fait observer qu'il existait plusieurs possibilités, dont certaines étaient brièvement présentées aux paragraphes 161 à 168 de la note du secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.50).

126. L'instrument le plus simple que la Commission pourrait établir serait une sorte d'étude comparative, qui examinerait la façon dont diverses questions étaient traitées dans différents systèmes juridiques. Une autre possibilité serait d'élaborer un guide qui présenterait les pratiques et les choix de politique générale et exposerait les avantages et les inconvénients de ces choix et leurs conséquences pour différents systèmes.

127. Plus complexe serait un guide législatif, tel que celui qu'établissait actuellement la Commission sur les projets d'infrastructure à financement privé, qui a été mentionné. Cet instrument offrirait aux législateurs des indications concernant ce qui pourrait être modernisé ou modifié dans les textes législatifs relatifs à des sujets particuliers, sur la base d'études comparatives de différentes lois et pratiques et avec une explication des diverses

questions. Il comprenait également des recommandations relatives à la législation, dont beaucoup ressemblaient à des dispositions types ou pouvaient être utilisées pour rédiger des textes de loi.

128. Il serait aussi possible de rédiger des dispositions législatives types sur certains sujets entrant dans le domaine de l'insolvabilité. L'élément de souplesse pourrait être obtenu par l'inclusion d'options, avec l'emploi pour ce faire de diverses techniques, telles que celles qui avaient été utilisées pour la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services ou les notes de bas de page ajoutées à un certain nombre de textes juridiques types établis par la Commission. Un guide pour l'incorporation dans le droit interne ou tout autre instrument à caractère explicatif pourrait aussi apporter la souplesse voulue.

129. Une autre possibilité encore serait de proposer un plan ou schéma-directeur dans lequel pourraient être traités un certain nombre de choix socioéconomiques pouvant se révéler nécessaires.

130. On a fait observer que chacun de ces instrument pourrait ne pas suffire, à lui seul, à satisfaire les exigences associées à chacun des sujets qu'il pourrait être nécessaire de traiter, et qu'il faudrait peut-être combiner différentes approches concernant différents sujets.

131. Les membres du Groupe de travail ont échangé des vues sur les travaux futurs possibles concernant le droit de l'insolvabilité. Selon un avis largement exprimé, la Commission devrait être associée aux travaux futurs sur ce domaine du droit puisque tous les pays y étaient représentés et qu'elle avait mené à bien ses travaux sur la Loi type sur l'insolvabilité internationale. On a fait observer qu'elle pouvait contribuer à rendre un texte acceptable grâce à ses méthodes de travail, soit la prise en considération de nombreux points de vue, la consultation et l'association à ses travaux de différentes catégories d'utilisateurs potentiels du texte élaboré et la négociation du texte dans les six langues de l'Organisation des Nations Unies.

132. On a noté qu'en outre, en entreprenant de tels travaux, la Commission contribuerait à conserver la question de la réforme du droit de l'insolvabilité à l'ordre du jour de la communauté internationale. On a aussi fait valoir que la mise en place d'une base commune pour le droit de l'insolvabilité pourrait faciliter le développement de compétences et l'échange de connaissances au niveau international. On a fait observer que les problèmes auxquels étaient confrontés les pays étaient analogues, qu'un certain nombre d'entre eux recherchaient des conseils pour les régler et que les débats au sein du Groupe de travail avaient permis de dégager diverses approches possibles pour trouver des solutions.

133. Plusieurs avis ont été exprimés quant à l'instrument qui serait le plus approprié. De l'avis général, il n'était ni possible ni souhaitable d'élaborer une loi type universelle et adaptée à chacun. S'agissant des autres types d'instrument possibles, il serait prématuré, selon un avis, de choisir des dispositions types ou tout autre instrument pouvant atteindre tous les objectifs, mais il fallait, dans la mesure du possible, adopter une approche législative. On a exprimé la crainte que si l'on ne visait pas pour le moins un texte juridique concret, la tâche ne serait pas de celles auxquelles un groupe de travail pourrait utilement se consacrer. On a mis en garde contre le choix d'un produit qui pourrait en définitive ne pas se révéler réalisable ou utile.

134. Selon une opinion, il pourrait être nécessaire, au lieu d'adopter une approche unique, d'envisager d'en combiner plusieurs telles que des dispositions types ou des recommandations relatives à la législation, comportant éventuellement des options, ainsi

que certains principes, avec les choix de politique générale examinés dans un document explicatif. Si l'on parvenait à cerner un certain nombre de problèmes communs, il existait néanmoins diverses solutions possibles et différents environnements dans lesquels différentes solutions seraient appropriées. On a fait observer que le Groupe de travail avait certes abordé un certain nombre de sujets relatifs au droit de l'insolvabilité dans lesquels existaient des différences d'approche nettes mais que dans un certain nombre de cas, ces approches pouvaient être réduites à quelques éléments fondamentaux se prêtant à un traitement dans des dispositions types ou des recommandations relatives à la législation. D'autres sujets, par contre, étaient plus complexes et pourraient faire intervenir des questions de politique sociale qui ne se prêtaient pas au même type de traitement. Dans de tels cas, il pourrait être possible de s'accorder sur des principes à adopter.

135. Une autre préoccupation a été exprimée concernant le calendrier des travaux que pourrait entreprendre la Commission. On a fait observer que ceux qui étaient actuellement menés dans un certain nombre d'organisations internationales ne devraient pas être terminés avant le deuxième semestre de l'an 2000. Il serait essentiel que la Commission ait la possibilité d'en examiner les résultats, de les prendre en considération et de les exploiter dans tous travaux futurs qu'elle pourrait elle-même entreprendre.

136. Le Groupe de travail a examiné un projet de proposition d'où il ressortait que:

i) Les débats au sein du Groupe de travail ont fait apparaître que celui-ci était à même d'améliorer et de développer les travaux de ces organisations internationales et d'en élargir la perspective en incluant les avis et exigences de ses membres et observateurs. Par exemple, les membres du Groupe de travail ont proposé d'inclure les principaux objectifs suivants: lutter contre la fraude dans le contexte de l'insolvabilité; élaborer une infrastructure efficace pour gérer et mettre en œuvre les régimes de l'insolvabilité; encourager l'ouverture des procédures aussitôt que possible; ne pas décourager l'activité des entrepreneurs; intégrer le régime de l'insolvabilité dans le cadre d'un droit commercial moderne établissant un équilibre entre les considérations économiques globales et les choix économiques et sociaux des États; et mettre en place un mécanisme efficace de redressement extrajudiciaire en cas de dette envers des institutions financières, possibilité qui pourrait être limitée aux cas ayant des incidences transnationales. Le Groupe de travail a noté que divers systèmes d'insolvabilité fonctionnaient dans le monde, chacun ayant la confiance de la communauté des créanciers, mais reflétant les intérêts de toutes les parties et l'accent mis par chaque État sur différents objectifs clefs.

ii) Lorsqu'il a examiné les caractéristiques de base d'un régime de l'insolvabilité, le Groupe de travail a là aussi démontré qu'il était à même d'élargir les travaux des plus utiles effectués par d'autres organisations internationales en identifiant les questions intéressant de nombreux États et en prenant en compte des suggestions ou solutions proposées pour traiter de ces questions dans le cadre d'une loi sur l'insolvabilité. En donnant un aperçu des lois existantes ou proposées dans leurs pays, les participants ont présenté diverses manières de traiter, du point de vue législatif, différents éléments clefs et ont noté les avantages et les inconvénients des différentes solutions. Le Groupe de travail a également estimé qu'il faudrait inclure, parmi les caractéristiques de base, les questions suivantes: limitation ou non de la loi aux personnes morales, ou inclusion des personnes physiques exerçant des activités commerciales; pouvoirs et obligations des syndics et administrateurs; engagement et rémunération des syndics, administrateurs et conseillers qui seraient payés par la masse; relation entre les lois relatives à l'insolvabilité et celles traitant du

recouvrement de dettes et de l'exécution des obligations; traitement des personnes et entités affiliées; et question de la détermination de délais flexibles ou fixes dans le cadre de la procédure de redressement.

iii) Sur la base de cette session exploratoire du Groupe de travail, il était clair que la Commission pouvait apporter une contribution positive à l'élaboration d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, qui aurait la confiance de tous les participants à la procédure d'insolvabilité. Différents régimes pouvaient servir cet objectif et la Commission pourrait déterminer les objectifs principaux, les caractéristiques de base et les différentes structures et composantes possibles de ces systèmes. Plus important encore, la Commission pourrait se servir des travaux de plusieurs organisations que le Groupe de travail a déjà utilisés lors de ses délibérations, inviter le Groupe de travail à les examiner plus avant afin d'élaborer un produit final reflétant les avis du groupe à la composition large et équilibrée que constituaient les membres et observateurs de la Commission. Ce produit permettrait une amélioration durable des régimes actuels en matière d'insolvabilité et ne constituerait pas une simple réponse à des crises à court terme.

138. Le Groupe de travail s'est généralement félicité de la proposition et a entendu un certain nombre d'observations. Il a été suggéré d'ajouter aux questions signalées comme constituant les caractéristiques de base d'un régime d'insolvabilité la question des liens entre les différents processus, un exemple étant le cas où l'échec de la procédure de redressement pourrait aboutir à une procédure de liquidation. Selon une préoccupation généralement exprimée, les travaux futurs du Groupe de travail ne devraient pas être restreints par une description trop spécifique à ce stade des éléments possibles de ce travail. Un autre sujet d'inquiétude concernait le fait que tout travail à effectuer à propos d'une restructuration extrajudiciaire, tout en encourageant le recours à de telles procédures, devrait clairement reconnaître le rapport étroit qui existait entre ces types de procédure et le régime officiel d'insolvabilité dans lequel ces procédures devraient s'insérer. Le Groupe de travail pourrait ainsi s'attacher plus particulièrement à renforcer les régimes officiels d'insolvabilité et à encourager, ou au moins à ne pas décourager, le recours à d'autres procédures extrajudiciaires moins coûteuses.

139. Il a été suggéré de citer les facteurs macroéconomiques qui avaient fait de l'insolvabilité une question d'actualité très importante au cours des dernières années afin d'explicitement la nécessité pour le Groupe de travail de procéder à de nouvelles délibérations. Les facteurs pertinents comprendraient notamment: maximisation des possibilités de crédit et des possibilités commerciales, aussi bien au niveau national qu'au niveau international (cela supposant un examen de l'insolvabilité comme faisant partie intégrante des possibilités de crédit et des possibilités financières dans la plupart des pays); amélioration de l'efficacité des mécanismes de recyclage de l'actif économique; minimisation de la prise en charge de créances souveraines (étant entendu que des opérations efficaces de renégociation et de recyclage des créances maintiennent les créances privées dans le secteur privé); le jeu de ces facteurs pourrait conduire à une réduction du risque systémique. On a ajouté que le Groupe de travail ne devrait pas négliger, dans la suite de ses travaux, l'importance capitale de facteurs structurels, sociaux et politiques pour la mise en place de régimes d'insolvabilité efficaces.

140. À l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a adopté la recommandation ci-après:

“Le Groupe de travail recommande à la Commission de lui donner pour mandat d'élaborer un énoncé détaillé des principaux objectifs et caractéristiques de base

d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, y compris la possibilité de redressements extrajudiciaires; un guide législatif présentant des solutions souples pour la mise en œuvre de ces objectifs et de ces caractéristiques, y compris un examen des diverses solutions possibles et des avantages et inconvénients supposés de ces solutions. Un guide législatif similaire à celui qui est actuellement élaboré par la Commission dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé serait utile et pourrait comporter, le cas échéant, des dispositions législatives types.

Au cas où la Commission déciderait d'entreprendre un tel projet, le Groupe de travail devrait avoir présents à l'esprit, dans l'exécution de sa tâche, les travaux en cours ou déjà achevés au sein d'autres organisations, notamment le Fonds monétaire international, la Banque mondiale, la Banque asiatique de développement, l'Association internationale du barreau et INSOL International. Il devrait solliciter la collaboration de ces organisations afin de bénéficier de leurs compétences et de tirer parti de leurs efforts et il devrait commencer ses travaux après avoir reçu les rapports actuellement élaborés par la Banque mondiale et la Banque asiatique de développement.”