



Assemblée générale

Distr.: générale
24 mai 2002*

Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Trente-cinquième session
New York, 17-28 juin 2002

Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa vingt-sixième session (New York, 13-17 mai 2002)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-14	3
II. Délibérations et décisions	15-16	4
III. Élaboration d'un projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	17-125	5
A. Remarques générales	17	5
B. Première partie. Principaux objectifs	18-25	5
C. Deuxième partie. Dispositions essentielles	26-125	6
1. Introduction	26-27	6
A. Structure [organisation] du régime de l'insolvabilité	26-27	6
2. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité	28-37	6
A. Admissibilité et compétence	28-29	6
B. Critères applicables	30-37	6

* Le présent document est soumis tardivement car il rend compte de la session du Groupe de travail, qui s'est tenue du 13 au 17 mai 2002.



	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
3. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	38-74	7
A. Biens visés	38-40	7
B. Protection et conservation de la masse de l'insolvabilité	41-44	8
C. Utilisation et disposition des biens	45-49	8
D. Traitement des contrats	50-56	9
E. Action en annulation	57-68	10
F. Compensation globale et compensation et G. contrats financiers	69-74	11
4. Participants et institutions	75-94	12
A. Débiteur	75-81	12
B. Représentant de l'insolvabilité	82-88	13
C. Créanciers	89-93	14
D. Cadre institutionnel	94	15
5. Administration de la procédure	95-106	15
A. Régime applicable aux créances des créanciers	96-105	15
B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	106	16
6. Redressement – questions supplémentaires	107-125	17
A. Le plan de redressement	107-121	17
B. Procédure de redressement accélérée	122-125	19
IV. Questions diverses	126-129	19
1. Points de recoupement entre les travaux du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et ceux du Groupe de travail VI (Sûretés)	126-127	19
2. Avancement des travaux d'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	128-129	20

I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session, en 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. Il était indiqué dans cette proposition 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 dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission était l'instance appropriée pour examiner les questions posées par le droit de l'insolvabilité. 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 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 internationale. 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. Compte tenu de ces difficultés, on a émis la crainte 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. Bien que cette notion d'approche souple ait reçu un écho favorable, il a été convenu dans l'ensemble que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans faire une étude approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

3. Afin de faciliter cette étude, la Commission a décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue d'élaborer une proposition,

qui lui serait soumise à sa trente-troisième session, sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre.

4. À sa trente-troisième session en 2000, la Commission a pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait formulée dans le rapport de la session exploratoire tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1999 (A/CN.9/469, par. 140) et lui a donné pour mandat de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients.

5. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait, ce faisant, tenir dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BASD), la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau. Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat a organisé à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, un colloque sur l'insolvabilité internationale.

6. À sa trente-quatrième session en 2001, la Commission était saisie du rapport du Colloque (A/CN.9/495).

7. La Commission a pris note du rapport avec satisfaction et s'est félicitée des travaux réalisés jusqu'alors, en particulier de la tenue du Colloque sur l'insolvabilité internationale et des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Elle a examiné les recommandations formulées lors du Colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session. Elle a confirmé que le mandat devrait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un

produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif. Afin d'éviter que le guide législatif ne soit trop général ou trop abstrait pour apporter les orientations requises, la Commission a indiqué que le Groupe de travail devrait avoir à cœur d'être aussi précis que possible dans ses travaux. À cette fin, il faudrait autant que possible inclure des dispositions législatives types, ne serait-ce que sur certaines des questions devant être traitées dans le Guide.

8. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a commencé l'élaboration du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-quatrième session (New York, 23 juillet-3 août 2001) et a poursuivi ses travaux à sa vingt-cinquième session (Vienne, 3-14 décembre 2001). Les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/504 et A/CN.9/507.

9. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-sixième session à New York du 13 au 17 mai 2002. Y ont participé des représentants des États suivants membres du Groupe de travail: Allemagne, Autriche, Brésil, Burkina Faso, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Mexique, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

10. Ont pris part à la session des observateurs des États suivants: Algérie, Australie, Danemark, Gabon, Iraq, Irlande, Jordanie, Malte, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Philippines, Portugal, République de Corée et Suisse.

11. Des observateurs des organisations internationales suivantes étaient également présents: a) organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale, Fonds monétaire international (FMI), Organisation internationale du Travail (OIT); b) organisations intergouvernementales: Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Ligue des États arabes; c) organisations non gouvernementales invitées par la Commission: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABF), Association internationale du barreau, Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP), Institut de droit international, International Insolvency Institute et

International Working Group on European Insolvency Law.

12. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande);

Rapporteur: M. Jorge Pinzón-Sánchez (Colombie).

13. Le Groupe de travail était saisi de trois notes du secrétariat: Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2).

14. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

II. Délibérations et décisions

15. À la présente session, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a poursuivi ses travaux sur l'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, conformément aux décisions prises par la Commission à sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000)¹ et à sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001)² ainsi que par lui-même à ses vingt-quatrième et vingt-cinquième sessions. Il est rendu compte ci-dessous de ses décisions et délibérations concernant le guide législatif.

16. Le secrétariat a été prié d'établir, en tenant compte de ces délibérations et décisions, une version révisée du guide qui sera présentée à la vingt-septième session du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité (Vienne, 9-13 décembre 2002) en vue d'y être examinée de façon plus approfondie.

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17, A/55/17, par. 400 à 409.

² Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17, A/56/17, par. 296 à 308.

III. Élaboration d'un projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

A. Remarques générales

17. Le Groupe de travail a estimé qu'il fallait traiter plus en détail la procédure de redressement dans les recommandations et mettre davantage l'accent sur celle-ci que sur la procédure de liquidation. On a également proposé de déplacer les sections C et D du chapitre V sur l'administration de la procédure pour les insérer dans une partie subséquente traitant de la clôture de la procédure. Il a en outre été suggéré de présenter les recommandations dans le projet de guide sous forme de texte séparé ou d'annexe et de les faire figurer également dans le corps du document à la suite de chaque section correspondante du commentaire analytique.

B. Première partie. Principaux objectifs

18. À titre de remarque générale, on a fait observer que les recommandations mettaient l'accent sur la protection des créanciers et ne mentionnaient pas la protection du débiteur, qui était un aspect tout aussi important d'un régime de l'insolvabilité.

19. En ce qui concerne la structure de la première partie, on s'est dit favorable à la présentation des recommandations sous la forme d'un préambule énonçant les objectifs du Guide. Ce préambule servirait d'introduction aux recommandations qui suivraient et constituerait également un instrument d'interprétation utile.

20. Un certain nombre de suggestions ont été faites quant au contenu des recommandations 1 à 7. S'agissant de la première recommandation, on a proposé de faire ressortir plus clairement le choix entre procédure de liquidation et procédure de redressement et de supprimer les mots figurant après "non viables" à la deuxième ligne. Une proposition visant à mentionner, dans cette même recommandation, la nécessité de tenir pleinement compte de la protection des salariés n'a bénéficié d'aucun soutien.

21. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il faudrait employer, dans la recommandation 3, les

mots "placer sur un pied d'égalité" plutôt que "assurer le traitement équitable" pour les créanciers se trouvant dans une situation similaire, la seconde formule étant plus appropriée dans le cadre de la recommandation 6 et du régime applicable aux différentes catégories de créanciers. Il faudrait par ailleurs tenir compte de cette distinction dans l'ensemble du projet de guide.

22. On a généralement appuyé l'idée d'indiquer, dans la recommandation 5, que ceux chargés de superviser la procédure d'insolvabilité devraient fournir périodiquement aux créanciers des informations sur la situation financière du débiteur et sur l'état d'avancement de la procédure.

23. Dans le contexte de la recommandation 6, il a été noté que la protection des salariés revêtait une importance particulière dans une législation sur l'insolvabilité et que ceux-ci devraient être expressément mentionnés comme étant une catégorie de créanciers exigeant une attention spéciale. Bien que cette proposition ait bénéficié d'un certain soutien, le Groupe de travail a généralement estimé que, si la protection des salariés était certes une question relativement importante (s'agissant en particulier du respect d'obligations internationales), la mention d'une catégorie particulière de créanciers dans la recommandation 6 n'était pas souhaitable et pouvait dénoter un parti pris qui n'avait pas sa place dans les objectifs généraux. On a fait observer que, dans son libellé actuel, la référence aux créanciers inclurait les salariés titulaires de créances et que la question de leur protection pourrait être traitée plus précisément dans les sections relatives au traitement des contrats et à la répartition.

24. On s'est généralement prononcé pour le maintien de la recommandation 7 afin d'encourager et de promouvoir l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

25. Il a été proposé d'insérer d'autres recommandations, à savoir que toutes les créances devraient être soumises à une seule et même procédure d'insolvabilité et que la législation sur l'insolvabilité devrait encourager la recherche d'un accord en vue d'un règlement amiable de la situation financière du débiteur pour ne pas avoir à recourir à une procédure d'insolvabilité.

C. Deuxième partie. Dispositions essentielles

1. Introduction

A. Structure [organisation] du régime de l'insolvabilité

26. On a estimé, en ce qui concerne la recommandation 8, qu'il faudrait expliquer davantage dans le Guide et dans les recommandations la façon dont les différentes procédures pourraient être agencées dans le régime de l'insolvabilité.

27. S'agissant du libellé, on a proposé de parler, dans la recommandation 9, non pas de la possibilité pour le débiteur de convertir une procédure de liquidation en procédure de redressement mais plutôt de la nécessité de prévoir dans la législation sur l'insolvabilité une possibilité de conversion.

2. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Admissibilité et compétence

28. On a dit, à titre de remarque générale, que le projet de guide devrait indiquer plus clairement si chacune des recommandations s'appliquait soit à la liquidation soit au redressement soit aux deux types de procédures.

29. On a fait observer que la recommandation 13 risquait d'être incompatible avec l'article 28 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, qui subordonnait l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à la présence de biens. Il a été répondu qu'une distinction devrait être faite entre le projet de guide et la Loi type, car cette dernière faisait référence à l'ouverture d'une procédure accessoire fondée sur la présence de biens dans le cas où une procédure principale avait été engagée ailleurs, alors que la recommandation 13 traitait essentiellement de l'ouverture de la procédure principale proprement dite. On a noté toutefois que, du fait que certaines législations sur l'insolvabilité subordonnaient effectivement l'ouverture de la procédure à la présence de biens, il faudrait peut-être adopter une approche plus souple dans le projet de guide. On a proposé de reprendre en termes généraux dans les recommandations le principe posé à l'alinéa c) de la clause relative à l'objet des dispositions, à savoir que

le droit de l'insolvabilité devrait traiter la question de savoir quels débiteurs ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à la législation de ce dernier sur l'insolvabilité. Il faudrait ensuite ajouter une recommandation indiquant que différents facteurs de rattachement pourraient être choisis à cet égard mais qu'ils devraient comprendre, au minimum ou à titre d'exemple, ceux qui étaient mentionnés aux alinéas a) et b) de la recommandation 13.

B. Critères applicables

30. On s'est dit favorable dans l'ensemble à ce que l'expression "peu coûteuse" figurant à l'alinéa c) de la clause relative à l'objet des dispositions soit remplacée par "à moindre coût".

31. On s'est dit préoccupé par le fait que l'alinéa a) de la recommandation 17 faisant référence à l'incapacité future du débiteur de payer ses dettes, étant donné que ce critère était difficile à prouver et qu'il fallait établir certains éléments de l'imminence d'une telle incapacité. Il a été dit que, si l'incapacité de payer n'était pas imminente, le débiteur devrait essayer de régler sa situation par le biais de négociations informelles et non en engageant une procédure formelle. Il a été répondu que les négociations informelles n'étaient pas toujours possibles pour certains types d'instruments financiers, pour lesquels la modification des modalités de remboursement exigeait l'unanimité.

32. Selon un avis contraire, la recommandation devrait être maintenue sous sa forme actuelle afin d'encourager les débiteurs à demander volontairement l'ouverture d'une procédure à un stade précoce, ce qui, de l'avis du Groupe de travail, devrait constituer un élément clef du droit de l'insolvabilité. À l'appui de cet avis, on a dit que, si une telle disposition donnait lieu à des abus de la part des débiteurs, cette question devrait être traitée dans le cadre des conséquences de la demande et non dans la partie relative aux critères concernant l'ouverture.

33. Des inquiétudes ont également été exprimées concernant la recommandation 18, du fait que le non-paiement d'une seule créance pouvait entraîner l'application de la présomption d'incapacité de payer sans que l'on se demande si la créance était contestée ou si elle pouvait faire l'objet d'un droit à compensation. Afin d'apaiser ces inquiétudes, on a proposé d'indiquer, dans la recommandation, que la

créance ne faisait pas l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation pour un montant égal ou supérieur. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui. En ce qui concerne le nombre de créanciers, l'idée d'exiger le non-paiement par le débiteur de plus d'un créancier a recueilli un certain soutien. Il a été répondu que l'important n'était pas tant le nombre des créanciers que le montant de la créance détenue par un créancier donné et la relation entre l'actif et le passif. On a toutefois fait observer qu'il serait peut-être nécessaire d'adopter des solutions différentes à ces problèmes selon les pays pour tenir compte des différents stades de développement économique, de la prévalence de divers types d'instruments financiers et d'autres facteurs similaires.

34. On s'est par ailleurs dit préoccupé par le fait que la recommandation 18, dans son libellé actuel, n'indiquait pas comment le débiteur pouvait se défendre contre une telle présomption. En réponse, on a indiqué que les recommandations 20 b) et 23 offraient une protection au débiteur, qui aurait la possibilité de réfuter la présomption en montrant, notamment, qu'il était en mesure de payer ses dettes, que la dette faisait l'objet d'une contestation légitime et qu'elle n'était pas échue, le tribunal devant évaluer ces faits pour déterminer s'il fallait ou non ouvrir une procédure d'insolvabilité. On a fait observer que la recommandation visait à donner la possibilité d'obliger le débiteur à démontrer qu'il ne devait pas être soumis à la législation sur l'insolvabilité.

35. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu qu'afin de tenir compte des différentes vues exprimées, la recommandation devrait, d'une part, indiquer que la législation sur l'insolvabilité "pourrait" et non "devrait" prévoir une telle présomption et, d'autre part, mentionner les différentes approches susceptibles d'être adoptées en ce qui concerne les circonstances à établir pour que la procédure puisse être ouverte, en particulier le nombre de créanciers ou le montant de la dette pouvant être exigés.

36. On s'est prononcé en faveur du maintien, dans la recommandation 21, des mots figurant entre crochets, qui fournissaient des exemples de la façon dont il pourrait être donné notification de l'ouverture d'une procédure, et de l'adjonction d'une référence à d'autres moyens de notification, par exemple par le biais de registres électroniques. Selon une autre suggestion qui a bénéficié d'un appui, on pourrait ne traiter dans la

recommandation 21 que de la façon d'aviser le public et consacrer la recommandation 22 à la notification destinée aux créanciers, connus ou non connus. Enfin, on a suggéré d'indiquer dans une recommandation distincte les informations devant figurer à la fois dans la notification destinée aux créanciers en général et dans celle destinée aux créanciers connus et de préciser que les informations en question devraient être exigées par la législation. Cette suggestion a aussi été appuyée.

37. S'agissant du membre de phrase liminaire de la recommandation 23, on a émis l'avis qu'il faudrait établir une distinction entre le rejet d'une demande d'ouverture et le refus d'ouvrir la procédure, en particulier lorsque les critères applicables pouvaient déclencher l'ouverture automatique, comme dans le cas de figure visé à l'alinéa a) de la recommandation 19. De l'avis général, il fallait deux recommandations distinctes, l'une devant traiter du rejet de la demande d'ouverture tel qu'envisagé dans la recommandation 23 et l'autre du refus d'ouvrir la procédure pour les motifs exposés aux alinéas a) et b) de cette recommandation. On a proposé d'ajouter un autre motif compte tenu des débats au sein du Groupe de travail concernant le rejet d'une demande d'ouverture lorsque la créance était contestée de bonne foi ou pour des raisons légitimes. Cette proposition a été appuyée. Le Groupe de travail est convenu que le texte figurant entre les deuxièmes crochets, à l'alinéa b), était préférable et devrait être retenu, et qu'un intitulé pourrait utilement être ajouté à la recommandation.

3. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Biens visés

38. D'un point de vue général, on a émis l'avis qu'il faudrait, s'agissant des biens visés, établir une distinction entre liquidation et redressement, car, selon le type de procédure, les biens visés pourraient différer. On a répondu qu'une telle approche risquait d'établir une distinction artificielle que les débiteurs pourraient abusivement mettre à profit. On a aussi fait valoir que la différence entre liquidation et redressement était plus importante du point de vue du régime appliqué aux biens que de celui de la définition des biens à inclure dans la masse de l'insolvabilité.

39. S'agissant de l'alinéa a) de la recommandation 24, le Groupe de travail a examiné la question de l'emplacement des biens devant être soumis à la procédure et s'est demandé s'il convenait d'adopter, dans la recommandation, une approche universelle en parlant de tous les biens "où qu'ils soient situés". Des réserves ont été émises concernant non seulement cette approche, mais aussi le fait de traiter dans le Guide la question de savoir quelle loi devrait s'appliquer aux biens, en particulier aux biens grevés d'une sûreté.

40. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu qu'on pourrait tenir compte des réserves susmentionnées en modifiant la recommandation de façon à adopter un libellé du type "La législation sur l'insolvabilité devrait définir les biens devant entrer dans la masse de l'insolvabilité", – laquelle pourrait comprendre des biens du type visé aux alinéas a) et b) de la recommandation 24 – et en indiquant clairement si l'approche retenue concernant les biens à inclure dans la masse était universelle ou territoriale. On s'est aussi prononcé en faveur d'une proposition tendant à ce que le Guide précise le régime à appliquer aux biens se trouvant en possession du débiteur en vertu d'un contrat et fasse référence aux biens récupérés par le biais d'actions en annulation ainsi qu'aux biens potentiels, comme les dommages-intérêts susceptibles d'être accordés à l'issue d'une action en réparation.

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

41. Concernant l'alinéa a) de la recommandation 26, on s'est interrogé sur la signification du terme "*execution*" dans la version anglaise et l'on a suggéré, pour préciser ce point, de dire "*execution and other enforcement against the assets of the insolvency estate*". On a aussi suggéré de reprendre le même libellé à l'alinéa b) de la recommandation 28. On a fait observer qu'il fallait rectifier l'alinéa b) de la recommandation 26 en remplaçant "de" par "ou" entre les mots "l'administration" et "la réalisation". On a toutefois émis des doutes quant à la nécessité de traiter de la réalisation. S'agissant du membre de phrase suivant les mots "... de préserver la valeur des biens", on a suggéré de le remplacer par une formule du type "conformément à l'objectif de la procédure d'insolvabilité", ce qui permettrait de couvrir à la fois la liquidation et le redressement sans spécifier les types de mesures visés dans cet alinéa.

42. On s'est aussi demandé si les recommandations, dans leur libellé actuel, s'appliqueraient aux créanciers garantis. Pour clarifier ce point, on a suggéré d'ajouter, à l'alinéa a) de la recommandation 28, les mots "y compris la perfection ou la réalisation de sûretés". Sur ce point, on a également appelé l'attention sur la différence, dans la version anglaise, entre le libellé de l'alinéa c) de la recommandation 28 et celui de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, dont s'inspirait la recommandation. En réponse, on a suggéré de modifier l'alinéa c) de la recommandation 28 comme suit: "le transfert des biens entrant dans la masse de l'insolvabilité, leur constitution en garantie ou tout autre acte de disposition est suspendu". Au cours du débat concernant l'alinéa a) de la recommandation 28, on a fait observer que, dans certains pays, l'interdiction et la suspension ne s'appliquaient pas à l'ouverture ou à la continuation des poursuites, mais à l'exécution des décisions sur lesquelles celles-ci avaient débouché. On a noté que cette approche était reflétée au paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

43. En ce qui concerne la recommandation 32, on a émis l'avis qu'il fallait maintenir le texte figurant entre crochets à l'alinéa a).

44. On a suggéré de remanier le libellé de la recommandation 33 de façon qu'il pose le principe général de la protection, les types de protection mentionnés dans la recommandation devant être donnés comme exemples.

C. Utilisation et disposition des biens

45. S'agissant du libellé, on a appuyé la proposition tendant à supprimer, à l'alinéa c) de la clause relative à l'objet des dispositions, la référence à la renonciation à des biens ou à la remise de sûretés afin de ne parler que du traitement des biens occasionnant des frais et, pour reprendre les termes de la recommandation 38, des biens considérés comme sans valeur pour la masse de l'insolvabilité ainsi que des biens ne pouvant être réalisés dans un délai raisonnable.

46. D'un point de vue général, on s'est demandé si le terme "représentant de l'insolvabilité" devrait englober le débiteur non dessaisi. Il a été noté que cette question pourrait être examinée ultérieurement lorsque le

Groupe de travail aborderait le glossaire du projet de guide.

47. On a fait observer que la relation entre la recommandation 35 et la recommandation 24 n'était pas claire et on s'est demandé, en particulier, si les biens appartenant à des tiers seraient considérés comme entrant dans la masse de l'insolvabilité.

48. En ce qui concerne la recommandation 36, il a été proposé de conserver les deux expressions entre crochets afin d'indiquer que les biens devaient à la fois contribuer et être nécessaires au bon déroulement de la procédure d'insolvabilité. On s'est demandé ce qu'il fallait entendre par l'expression "biens grevés de sûretés" et si, dans le cadre de la recommandation 36, celle-ci visait uniquement les droits réels. On a fait observer que le projet de recommandations contenait des dispositions relatives à la protection des créanciers garantis (recommandations 32 et 33) et des cocontractants du débiteur (recommandation 44). Afin d'assurer la protection des tiers, il a été proposé d'insérer des dispositions similaires après la recommandation 36.

49. Une proposition tendant à ce que la deuxième phrase de la recommandation 39 exige que les ventes privées soient soumises au contrôle du tribunal ou à l'approbation des créanciers a bénéficié d'un certain soutien. S'agissant de l'approbation des créanciers, il a été suggéré de faire référence à la section relative aux créanciers et au comité des créanciers. L'établissement dans la recommandation d'une distinction entre les ventes réalisées dans le cadre de la liquidation et celles réalisées dans le cadre du redressement ayant été suggéré, on a répliqué que l'objet de la disposition était de traiter la question des ventes effectuées en dehors du cours normal des activités, que ce soit en cas de liquidation ou de redressement. La question de savoir si un créancier pouvait ou non se porter acquéreur ayant été posée, on a fait observer qu'il n'était généralement pas souhaitable d'imposer des restrictions concernant les acquéreurs potentiels des biens du débiteur, et qu'il fallait plutôt prévoir des mesures de protection telles que celles mentionnées dans la recommandation 39. On a en outre estimé que de telles mesures seraient également utiles dans le cadre de la recommandation 40.

D. Traitement des contrats

50. En ce qui concerne le libellé, on a demandé quelle était la signification exacte des mots "les contrats que le débiteur ou son cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés" et, partant, quel était le champ d'application de la section D. Il a été expliqué que cette section visait les contrats devant être exécutés par les deux parties et pas simplement le cas où une partie avait exécuté ses obligations et attendait d'être payée par l'autre. Le secrétariat a été prié d'exprimer cette idée plus clairement dans le projet de recommandations.

51. On s'est déclaré favorable à l'emploi d'une formule impérative dans la recommandation 42 et à la mention d'un autre cas de figure dans un alinéa c), à savoir l'insolvabilité du débiteur ou la précarité de sa situation financière. Après avoir rappelé qu'il avait été dit, à propos de la protection de la masse, que de nombreux pays prévoyaient l'application de la suspension au cocontractant du débiteur pour empêcher la résiliation du contrat, on a déclaré qu'il fallait faire en sorte que cela soit clairement indiqué dans les recommandations afin que le contrat subsiste et que le représentant de l'insolvabilité ait le temps de déterminer s'il convenait ou non de le poursuivre.

52. Pour ce qui est des recommandations 43 et 45, on a relevé que la première énonçait une condition pour la continuation des contrats, tandis que la seconde ne soumettait le droit de résiliation à aucune condition. On a émis l'avis que la recommandation 45 ne devrait s'appliquer qu'aux contrats qui occasionnaient trop de frais pour la masse de l'insolvabilité.

53. De nombreux participants ont formulé des objections à l'encontre de l'alinéa b) de la recommandation 46, car il semblait avantager les parties qui n'exécutaient pas leurs obligations contractuelles et risquait de favoriser un débiteur insolvable par rapport à une partie qui continuait à s'acquitter de ses obligations. Il a été répondu que l'alinéa b) pourrait être utile dans certains cas, en particulier dans le cadre d'un redressement, lorsque le contrat en question pouvait être décisif. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que cette question exigeait un examen plus approfondi et a placé l'alinéa b) entre crochets.

54. En ce qui concerne la recommandation 50, il a été relevé que celle-ci mentionnait le délai dans lequel le

représentant de l'insolvabilité devait décider de poursuivre ou de résilier un contrat et agir en conséquence, mais que la possibilité pour le cocontractant de demander à celui-ci d'agir rapidement était passée sous silence. Cette remarque a été favorablement accueillie.

55. Des avis différents ont été exprimés quant à la nécessité d'inclure des dispositions sur la cession des contrats. Selon l'un d'entre eux, la question de la cession relevait du droit général des contrats et ne devait pas être abordée dans la législation sur l'insolvabilité. Selon un avis contraire, des règles spéciales étaient nécessaires concernant la cession dans le cadre de l'insolvabilité, en particulier dans les systèmes juridiques qui n'autorisaient pas la cession contre le gré du cocontractant. On a noté que la préservation de la valeur du contrat au profit de la masse de l'insolvabilité (et, par la suite, des créanciers) justifiait de telles dispositions, à condition que le cocontractant ne soit pas désavantagé ou que sa situation ne soit pas aggravée en raison de la cession. À cet égard, les variantes A et B étaient l'une et l'autre acceptables. Selon une autre opinion encore, la recommandation 53 de la variante A risquait d'être trop difficile à mettre en œuvre et les recommandations 51 et 52 de cette variante étaient suffisantes. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que les recommandations devaient refléter les deux points de vue, à savoir, d'une part, que la cession pourrait relever uniquement du droit général des contrats et, d'autre part, que des dispositions spéciales pourraient être insérées dans la législation de l'insolvabilité. Le secrétariat a été prié d'élaborer les modifications nécessaires.

56. Pour ce qui est de la recommandation 54, on a proposé qu'il soit expressément fait mention des opérations financières (traitées en détail dans la section F) ainsi que des contrats portant sur des droits de propriété intellectuelle, lorsqu'il était souhaitable que ce type de contrat puisse être poursuivi.

E. Action en annulation

57. S'agissant de la clause relative à l'objet des dispositions, on a déclaré que l'alinéa a) ne devrait pas vraiment parler de la préservation de la masse, mais plutôt de sa reconstitution. On s'est interrogé sur l'emploi des mots "traitement équitable" compte tenu des débats antérieurs concernant les principaux

objectifs et l'utilisation des expressions "placer sur un pied d'égalité" et "assurer un traitement équitable". On a suggéré d'ajouter à cette clause un alinéa précisant que les dispositions avaient notamment pour objet de faire en sorte que les tiers sachent exactement quelles opérations étaient susceptibles d'annulation et un alinéa concernant le traitement des paiements effectués dans le cours normal des activités avant l'ouverture de la procédure. Des avis divergents ont été exprimés quant à la nécessité d'inclure dans la section consacrée aux actions en annulation des dispositions concernant les opérations postérieures à l'ouverture de la procédure. Le Groupe de travail est néanmoins généralement convenu que la question devrait être traitée dans le Guide, par exemple dans la recommandation 35 et sous forme d'un nouvel alinéa d) dans la recommandation 57 ou dans la section consacrée au traitement des contrats.

58. On a aussi proposé de modifier l'intitulé de la section, dans la version anglaise, en remplaçant "*Avoidance actions*" par "*Avoidance proceedings*".

59. On a fait observer que le membre de phrase "auxquelles le débiteur est partie", figurant à l'alinéa b), risquait d'avoir une portée trop étroite, car certaines opérations pouvaient porter sur des biens du débiteur sans que celui-ci y soit partie.

60. S'agissant de la recommandation 56, on a suggéré de remplacer le mot "rétrospectivement" par "rétroactivement".

61. Divers avis ont été exprimés au sujet de la recommandation 57. On a tout d'abord fait observer que les mots "engager une action", figurant dans le chapeau, risquaient d'être insuffisants pour couvrir d'autres situations pouvant déboucher sur une annulation, par exemple celle d'une exception soulevée dans le cadre d'une action concernant des biens particuliers engagée par une personne autre que le représentant de l'insolvabilité. On a aussi indiqué que l'alinéa a) devrait mentionner, outre le transfert de biens, le fait de contracter des obligations et les opérations laissant peu de biens au débiteur ou aggravant ses difficultés financières.

62. On a craint, à propos de l'alinéa a), que la référence aux "opérations frauduleuses" ne soit pas suffisante pour décrire les types d'opérations sur lesquelles devait porter la recommandation et qu'il faudrait donner des exemples d'opérations ainsi que

des critères objectifs permettant de déterminer les types d'opérations visées. Dans le même ordre d'idées, on a émis l'avis que la connaissance de l'intention risquait d'être difficile à prouver et qu'il pourrait être utile d'inclure une référence aux situations dans lesquelles le tiers avait des raisons de soupçonner que l'opération était frauduleuse. On a aussi indiqué que la notion de fraude risquait d'être trop étroite et trop précise et l'on a proposé de faire également référence à d'autres critères comme la mauvaise foi. Selon un autre avis encore, il fallait supprimer toute référence à la notion de fraude et se concentrer sur les caractéristiques objectives des opérations susceptibles d'être annulées.

63. S'agissant de la recommandation 61, on a proposé d'y inclure les opérations visées à l'alinéa a) de la recommandation 57.

64. Pour ce qui est de la détermination de la période suspecte visée dans la recommandation 58, on a émis l'avis qu'il faudrait faire référence à la recommandation 62 et à la nécessité de prévoir une période plus longue pour toutes les opérations visées à l'alinéa a) de la recommandation 57, et pas seulement pour celles auxquelles étaient parties des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

65. L'avis selon lequel la recommandation 65 n'avait pas sa place dans la section consacrée à l'annulation a été appuyé.

66. S'agissant de la note 15, on a dit qu'il ne fallait pas se limiter aux personnes physiques, mais mentionner également les personnes morales et introduire la notion de contrôle du débiteur.

67. On a déclaré qu'il pouvait être utile d'ajouter dans la recommandation 78 une référence à l'exercice des pouvoirs d'annulation.

68. On a fait observer que la section E n'examinait pas la question du traitement à accorder, dans la procédure d'insolvabilité, au bénéficiaire d'un transfert en vertu d'un contrat annulé qui ne restituait pas les biens à la masse. On a noté que, dans certaines législations de l'insolvabilité, toute demande du bénéficiaire serait rejetée.

F. Compensation globale et compensation et G. Contrats financiers

69. Pour l'examen de ces questions, le Groupe de travail s'est fondé sur le texte ci-après, tel que modifié par le secrétariat.

“F. Compensation globale et compensation [A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 116 à 123]

66) En règle générale, les arrangements de compensation globale et de compensation avec déchéance du terme devraient être protégés par la loi et, dans toute la mesure possible, être [irrévocables] [définitifs].

a) Un droit à compensation existant en vertu du droit commun et exercé avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devrait être exclu de l'application des dispositions concernant l'annulation;

b) Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la législation de l'insolvabilité devrait permettre aux créanciers et à la masse de l'insolvabilité d'exercer un droit à compensation autorisé par le droit commun et devrait exclure l'exercice de ce droit à compensation de l'application des dispositions concernant l'interdiction ou la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur et le traitement des contrats.

G. Contrats financiers*

67) Nonobstant d'autres dispositions du droit commun ou de la législation de l'insolvabilité:

a) dès le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur, tout créancier du débiteur qui est partie à un contrat financier auquel participe le débiteur peut résilier ce contrat;

b) dès le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur, tout créancier du débiteur qui est partie à un contrat financier auquel participe le débiteur peut [réaliser sa sûreté] [mettre en œuvre sa sûreté] et exercer les droits à compensation nés en vertu de ce contrat; et

c) à moins qu'elles soient manifestement frauduleuses, les opérations régies par un contrat financier et les arrangements connexes en matière de sûreté ne devraient pas être soumis aux dispositions concernant l'interdiction ou la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur ni aux dispositions concernant l'annulation.

* L'alinéa k) de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international adoptée en 2001 dispose: "le terme 'contrat financier' désigne toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, qu'il s'agisse ou non d'une opération en bourse, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus [*le texte souligné est nouveau*]."

70. Le Groupe de travail est généralement convenu que ces questions devraient être traitées dans le Guide et que celui-ci devrait souligner l'importance des types de contrats qui seraient visés ainsi que la complexité des arrangements concernés.

71. S'agissant de savoir quels contrats financiers seraient visés, on a émis l'avis que la définition figurant dans la note 16 était trop large, et qu'il faudrait la circonscrire davantage en la limitant aux opérations qui entraînent dans un contrat-cadre de plus vaste portée.

72. On s'est demandé si le droit à compensation décrit s'appliquait uniquement aux contrats financiers ou était d'application plus générale. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail est convenu que la compensation dans le contexte de ces recommandations serait limitée aux contrats financiers et que la question de la compensation en général serait traitée dans une autre section du Guide. On a déclaré que la recommandation devrait, dans le contexte des contrats financiers, protéger en général les droits à compensation antérieurs à l'ouverture de la procédure et autoriser la compensation postérieure à l'ouverture lorsque les créances réciproques trouvaient leur origine dans la même convention-cadre.

73. Au sujet de la recommandation 67, on a noté qu'une exception concernant les conventions financières cadre n'était nécessaire que si deux conditions étaient satisfaites: a) la compensation postérieure à l'ouverture de la procédure n'était pas autorisée pour les obligations financières réciproques; ou b) la législation sur l'insolvabilité habilitait le représentant de l'insolvabilité à passer outre aux dispositions concernant la résiliation des contrats.

74. On a émis l'avis qu'il fallait soigneusement examiner les dispositions afin de s'assurer qu'elles soient claires et qu'elles n'incitent pas les pays à adopter des dispositions qui entraveraient le fonctionnement d'arrangements tels que ceux de la SWIFT ou de la chambre de compensation de l'IATA, compte tenu des règles applicables aux systèmes spéciaux concernant l'insolvabilité et l'annulation des opérations.

4. Participants et institutions

A. Débiteur

75. À propos de l'alinéa a) de la clause relative à l'objet des dispositions, on a noté que le membre de phrase figurant entre crochets renvoyait aux obligations de tiers. Un grand nombre d'intervenants se sont dits favorables à ce que la question des obligations des tiers soit traitée dans le projet de guide. On a noté que les obligations des tiers – qui pouvaient comprendre notamment l'obligation de remettre les livres et pièces comptables appartenant au débiteur ou concernant celui-ci et de restituer les biens du débiteur qui se trouvaient en leur possession – pourraient différer des obligations correspondantes du débiteur. Par exemple, on a estimé qu'il faudrait sans doute définir plus précisément les informations à communiquer en indiquant qu'elles devaient avoir un rapport avec la procédure.

76. On a fait observer qu'étant donné l'importance de la participation du débiteur à la procédure de redressement, il faudrait remplacer le mot "pourrait" par le mot "devrait" dans la recommandation 70. Cette proposition a été appuyée. On a aussi émis l'avis qu'il faudrait peut-être établir une distinction entre la liquidation et le redressement, car cette dernière procédure exigeait une participation plus active et la communication des informations était plus nécessaire à son succès.

77. S'agissant de la recommandation 71, on s'est prononcé en faveur de l'adjonction d'un certain nombre d'obligations, dont l'obligation pour le débiteur de ne pas quitter sa résidence habituelle; de communiquer des informations concernant toute procédure judiciaire ou administrative en cours, y compris une procédure d'exécution; de remettre des biens et des livres comptables; et de fournir des informations sur les opérations intervenues pendant la période suspecte. S'agissant de l'obligation de remettre des biens, on a émis l'avis que celle-ci devrait renvoyer à la recommandation 24 et se limiter aux biens compris dans la masse de l'insolvabilité, qu'ils soient nationaux ou étrangers. En ce qui concerne les biens étrangers, on a indiqué qu'une référence à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et à la désignation d'un représentant étranger serait sans doute souhaitable. Ces deux propositions ont été appuyées. On a aussi estimé qu'il faudrait se pencher sur le rapport entre les recommandations 71 et 73 et envisager d'indiquer dans quels cas les différentes obligations seraient pertinentes pour les types de procédures visées dans la recommandation 73.

78. On s'est dit largement favorable à l'insertion d'une recommandation supplémentaire qui ferait référence à la recommandation 25 et au droit du débiteur de conserver les biens personnels nécessaires à sa survie quotidienne.

79. Le Groupe de travail est convenu que l'obligation de confidentialité énoncée dans la recommandation 72 devrait s'appliquer aux informations détenues par le débiteur mais appartenant à un tiers ainsi qu'aux informations concernant des secrets professionnels, qu'elles appartiennent au débiteur ou à un tiers.

80. L'idée de supprimer l'alinéa c) de la recommandation 73 au motif qu'il décrivait un type de procédure particulièrement spécialisée reposant sur un appareil judiciaire bien développé a recueilli un certain soutien. On a estimé qu'il s'agissait là d'une possibilité qui ne devrait pas être recommandée sans explications et informations détaillées. En réponse, il a toutefois été convenu que, du fait que la recommandation 73 présentait simplement des approches différentes, les trois alinéas devraient être conservés. Il a été noté cependant qu'on pourrait mentionner d'une manière ou d'une autre les différents niveaux de contrôle susceptibles d'être prévus ainsi que les garanties appliquées dans chaque cas.

81. On s'est dit favorable à ce que la recommandation 74 soit maintenue et à ce qu'il y soit également indiqué que la législation de l'insolvabilité devrait aussi prévoir la nullité des mesures prises en violation des obligations. On a en outre proposé que la recommandation s'applique à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales débitrices.

B. Représentant de l'insolvabilité

82. L'idée d'accorder plus d'importance, dans la recommandation 76, à la nomination du représentant de l'insolvabilité par les créanciers a recueilli un certain soutien. Face aux craintes que cette solution n'ait pour effet de compromettre l'indépendance du représentant de l'insolvabilité, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur les garanties déjà prévues dans les recommandations 77, 79 et 80 d). Selon un avis contraire, le Guide traitait déjà suffisamment des intérêts des créanciers et la recommandation devrait être conservée telle quelle.

83. Pour ce qui est de la recommandation 77, l'opinion selon laquelle un conflit d'intérêts devrait être une cause d'incapacité pour un représentant de l'insolvabilité a bénéficié d'un certain appui. Selon un point de vue contraire, bien que les conflits d'intérêts doivent être divulgués, la question de l'incapacité devrait être tranchée en dernier ressort par le tribunal. Il a en outre été suggéré que la recommandation exige du représentant de l'insolvabilité qu'il ne dépende pas d'autres intérêts. Il a été proposé que les exigences concernant les conflits d'intérêts et l'indépendance s'appliquent également aux personnes employées par le représentant de l'insolvabilité.

84. Il a été proposé d'établir des renvois entre les obligations du représentant de l'insolvabilité énoncées dans la recommandation 78 et les recommandations relatives au débiteur et d'énoncer les obligations d'action correspondantes incombant au représentant de l'insolvabilité, notamment l'obligation de prendre possession des livres et pièces comptables. D'autres propositions ont bénéficié d'un certain soutien, à savoir: que le chapeau fasse référence aux obligations générales de maximiser la valeur des biens et de protéger la masse; que les alinéas soient présentés dans l'ordre d'importance (l'alinéa i), par exemple, devrait figurer en premier); que l'alinéa b) prévoie un "interrogatoire" du débiteur par le représentant de l'insolvabilité (que ce soit sous serment ou dans le

cadre d'une procédure similaire); que l'alinéa g) indique les parties auxquelles les informations devraient être communiquées; que le représentant de l'insolvabilité soit tenu d'informer régulièrement les créanciers de l'état d'avancement de la procédure; qu'il puisse exercer des droits au profit de la masse de l'insolvabilité concernant toute procédure judiciaire en cours qui serait toutefois arrêtée ou suspendue; et que l'alinéa j) prévoit que le comité des créanciers puisse également soumettre des questions au représentant de l'insolvabilité.

85. En ce qui concerne la recommandation 79, certains ont appuyé l'idée de fournir plus de précisions sur la responsabilité découlant du non-respect des obligations énoncées dans les recommandations 77 et 78.

86. Certains se sont interrogés sur la signification du mot "circonstances" figurant dans la recommandation 80.

87. S'agissant de la recommandation 84, on a estimé que les modalités du droit de contrôle, dont une description était donnée dans la note 14, étaient trop générales et exigeaient un examen plus approfondi.

88. Le problème général de l'absence d'actif dans la masse de l'insolvabilité a été discuté. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait l'aborder dans le Guide, en particulier parce qu'une masse pouvait se retrouver sans biens à la suite d'opérations susceptibles d'annulation et que le fait de ne pas administrer ce type de masse risquait d'encourager des comportements que la législation de l'insolvabilité visait par ailleurs à empêcher. Il a été proposé d'indiquer, dans le Guide, qu'il était nécessaire d'administrer ce type de masse et de mettre en place un mécanisme à cette fin, qu'il s'agisse d'un organisme public ou de toute autre modalité. Ce mécanisme prévoirait également la nomination et la rémunération du représentant de l'insolvabilité. À cet égard, il a été suggéré que la question soit également traitée, s'agissant de certains cas, dans la section relative à l'ouverture de la procédure.

C. Créanciers

89. S'agissant de la section 1, dans laquelle aucune recommandation n'avait encore été insérée, il a été proposé de traiter des différentes catégories de créances et, en particulier, d'indiquer que la législation

de l'insolvabilité devrait clairement identifier ces catégories et déterminer le traitement à leur appliquer. Il a été répondu que cette section devrait être étroitement liée à la section relative à la répartition.

90. On s'est dit préoccupé par la structure des recommandations, car les recommandations 89 à 96 concernaient de toute évidence le comité et devaient figurer sous cet intitulé.

91. S'agissant des fonctions de la collectivité des créanciers, on s'est déclaré d'accord pour insérer le contenu de la note 19 dans la recommandation. Une autre fonction pourrait être la vérification des créances. On s'est dit préoccupé par le fait que les recommandations n'étaient pas assez claires sur certains points, tels que la relation entre la collectivité des créanciers et le comité des créanciers, notamment le point de savoir si un comité était toujours nécessaire; la répartition des pouvoirs entre ces deux organes; la question de savoir si c'était la collectivité ou le comité qui devrait exercer les pouvoirs et fonctions énumérés; le partage des pouvoirs et fonctions énumérés avec le représentant de l'insolvabilité; la mise en place d'un mécanisme pour l'organisation des réunions de la collectivité des créanciers; et le règlement des différends entre la collectivité et le comité. On a par ailleurs fait observer que certains pays avaient recours à des mécanismes de représentation des créanciers autres que la collectivité ou le comité et qu'on pourrait l'indiquer dans le commentaire.

92. On a relevé que la recommandation 87, qui posait certes un principe acceptable, était moins importante que le droit similaire dont bénéficiait le débiteur en vertu de la recommandation 69. Il a été proposé que la recommandation indique les questions sur lesquelles les créanciers devraient avoir le droit d'être entendus. Il a aussi été proposé que la recommandation précise le caractère individuel de ce droit.

93. Pour ce qui est de la recommandation 90, on s'est déclaré favorable à ce que l'ordre des deux phrases soit inversé et à ce que le libellé de la première concernant la limitation de la participation des créanciers garantis soit précisé. On a également fait remarquer que des solutions différentes pouvaient être adoptées concernant la participation des créanciers garantis selon qu'il s'agissait d'une liquidation ou d'un redressement, en particulier lorsque leurs créances devaient être restructurées, auquel cas leur participation ne devait pas être limitée.

D. Cadre institutionnel

94. De l'avis général, il fallait traiter, dans le projet de guide, les questions ayant trait au cadre institutionnel nécessaire à l'application de la législation de l'insolvabilité. Des inquiétudes ont toutefois été exprimées quant à la façon dont ces questions seraient traitées et avec quel degré de détail. Selon un avis, s'il fallait certes aborder ces questions dans le commentaire, il valait peut-être mieux ne pas inclure de recommandations à leur sujet parmi les recommandations techniques concernant la teneur de la législation de l'insolvabilité. On a suggéré que, pour l'établissement du commentaire, le secrétariat tienne compte des travaux d'autres institutions internationales, en particulier la Banque mondiale et le Fonds monétaire international. On a suggéré de traiter dans le commentaire notamment les questions suivantes: la répartition des responsabilités entre les participants et l'équilibre à assurer à cet égard; la gestion des dossiers; la supervision de la procédure d'insolvabilité ainsi que des personnes qui y participaient, y compris les professionnels; les questions disciplinaires; la formation théorique et pratique; et les questions ayant trait au rapport coût-efficacité et à la fonctionnalité économique. On a émis l'avis que le Groupe de travail pourrait de nouveau examiner s'il convenait d'inclure des recommandations portant spécifiquement sur ces questions une fois qu'il disposerait d'un texte.

5. Administration de la procédure

95. Sur un plan général, on a estimé que seules les sections A à C devraient figurer dans le chapitre V, les sections D et E ayant trait à la clôture de la procédure proprement dite.

A. Régime applicable aux créances des créanciers

96. On a fait observer que l'alinéa e) de la clause relative à l'objet des dispositions ne donnait que quelques exemples de différents types de créances sans être exhaustif, si bien qu'il faudrait soit le compléter de façon à y inclure tous les autres types de créances, soit supprimer tous les exemples et mentionner uniquement le fait qu'un régime particulier serait applicable à certains types de créances.

97. S'agissant de la recommandation 99, on a suggéré de poser comme principe général la nécessité d'établir

un mécanisme pour l'admission et le traitement des créances ainsi que pour la déclaration des créances par les créanciers (ou d'établir une procédure qui permettrait l'admission automatique des créances non contestées), afin que ceux-ci puissent participer à la procédure d'insolvabilité, et de traiter la question du régime applicable aux créances dans le cas d'une procédure de redressement et aux créances postérieures à l'ouverture de la procédure. On s'est prononcé en faveur de la mise en place d'un mécanisme spécial pour l'admission des créances non contestées, en particulier dans les cas où il serait opportun d'éviter la complexité et la lenteur qui caractérisaient souvent les procédures liées à la déclaration et à la vérification des créances. Néanmoins, en réponse à l'opinion selon laquelle les documents comptables du débiteur pourraient offrir une base suffisante pour une telle admission, on a souligné que les livres et documents comptables d'un débiteur insolvable pouvaient ne pas être une bonne source d'informations fiables et qu'il fallait trouver d'autres critères. On a aussi déclaré que la note 20 était trop catégorique: on a fait remarquer, en particulier, que bien souvent les législations de l'insolvabilité limitaient le montant des créances fiscales ou soumettaient celles-ci à d'autres restrictions. Il a été convenu que la note devrait être révisée.

98. On a relevé d'une manière générale que la section consacrée au régime applicable aux créances des créanciers n'abordait pas la question du régime applicable aux créances insuffisamment garanties ni celle de savoir si les intérêts des créances continueraient ou non de courir après l'ouverture de la procédure.

99. On s'est dit favorable à l'idée d'introduire dans la recommandation 100 la notion de l'égalité de traitement des créanciers se trouvant dans une situation similaire, comme cela avait été fait dans la recommandation 3. Dans le même ordre d'idées, on a estimé que la question de la simplification des formalités et celle de l'assouplissement des restrictions concernant la langue dans laquelle les créances pourraient être déclarées, qui étaient traitées dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, devraient également être abordées dans le projet de guide.

100. À propos de l'alinéa b) de la recommandation 101, on a noté que lorsque la créance

n'était déclarée qu'à un stade avancé de la procédure, le créancier devrait accepter d'être exclu de toute répartition déjà effectuée.

101. On a fait observer que les conséquences visées dans la recommandation 102 différaient selon les pays et qu'il serait donc utile d'inclure dans le Guide des informations comparatives.

102. S'agissant de la recommandation 103, on a déclaré qu'il faudrait prendre en compte les situations dans lesquelles les parties à un contrat étaient convenues du moment auquel la créance serait convertie.

103. On a fait observer que les recommandations 106 et 107, contrairement aux autres, ne commençaient pas par la formule "La législation de l'insolvabilité devrait..." et qu'il fallait les aligner sur les autres recommandations. S'agissant de la recommandation 105, on a également déclaré qu'il faudrait préciser si le droit de recours prévu pourrait être exercé devant le tribunal ou devant un autre organe judiciaire, et que le représentant de l'insolvabilité pourrait être habilité à prendre une décision, à l'occasion de la vérification de la créance, sur la question de la compensation.

104. Une préférence a été manifestée en faveur du second texte figurant entre crochets à l'alinéa b) de la recommandation 108.

105. Plusieurs points ont été soulevés au sujet de la recommandation 109. On a déclaré que le simple fait qu'il y avait un lien privilégié entre le créancier et le débiteur ne suffirait pas, dans tous les cas, à justifier que la créance soit soumise à un régime particulier. Dans certains cas, ces créances seraient tout à fait transparentes, alors qu'elles pourraient, dans d'autres, être suspectes. On a noté qu'il faudrait sans doute prévoir un mécanisme pour les créances détenues par des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur lorsque celles-ci étaient suspectes ou méritaient une attention particulière, et que le projet de guide devrait clairement indiquer que ce traitement particulier ne devrait pas être appliqué d'office, mais seulement dans un nombre limité de situations. On a fait observer, néanmoins, que le traitement des créances décrit dans la recommandation 109 n'incluait pas l'admission ou le rejet, mais qu'il s'agissait uniquement du traitement dont pourrait faire l'objet la créance soit au moment de l'admission, soit ultérieurement s'il apparaissait que la

partie ayant des liens privilégiés avait causé un dommage à la masse de l'insolvabilité. On a émis l'avis que le Groupe de travail devrait tenir compte de l'interconnexion entre les diverses recommandations, en particulier lorsqu'un certain nombre d'approches différentes y étaient incluses, comme c'était le cas dans la recommandation 109. Par exemple, lorsque les créanciers avaient un rôle à jouer dans le choix du représentant de l'insolvabilité, ceux qui avaient des liens privilégiés avec le débiteur ne devraient pas être autorisés à participer. On a demandé si la recommandation 109 était censée s'appliquer aux créances en général et s'il ne faudrait pas faire une distinction entre la liquidation et le redressement. À l'issue d'un débat, il a été suggéré de remanier la recommandation 109 en incluant le texte de l'alinéa a) dans le chapeau et en ajoutant une référence aux types de situations dans lesquelles la recommandation pourrait s'appliquer. On a proposé un libellé du type: "La législation de l'insolvabilité devrait spécifier que les créances détenues par des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur devraient être examinées de près, du point de vue, le cas échéant, par exemple de la sous-capitalisation du débiteur ou des opérations d'initié, puis [insérer les alinéas b) et d)]." Cette proposition a bénéficié d'un certain appui.

B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

106. Le Groupe de travail est généralement convenu que les dispositions révisées prenaient en compte les débats qui avaient eu lieu à sa vingt-cinquième session. On s'est prononcé pour le maintien, à l'alinéa a) de la recommandation 114, de la référence à un préjudice déraisonnable. S'agissant de la recommandation 115, on a émis des doutes quant à l'opportunité d'inclure les mots qui figuraient entre parenthèses à la fin de la recommandation et l'on a estimé qu'il fallait indiquer clairement que la recommandation s'appliquait à la préférence dont bénéficiait une personne octroyant un financement après l'ouverture de la procédure sans prendre de sûreté. On a aussi mentionné la nécessité de lier les recommandations aux nouveaux moyens de financement qui pourraient être fournis dans le cadre d'un plan de redressement.

6. Redressement – questions supplémentaires

A. Le plan de redressement

107. À titre de remarque générale, il a été relevé que les recommandations concernant le plan n'abordaient pas la question des intérêts sur les créances ni la manière dont celle-ci pourrait être traitée.

108. On a estimé que l'alinéa a) de la clause relative à l'objet des dispositions était un peu vague et qu'il faudrait se référer, non pas aux "entreprises en difficulté financière", mais à "l'entreprise soumise à la législation de l'insolvabilité".

109. Pour ce qui est de la recommandation 125, on a proposé de remplacer les mots "mais pas au-delà d'un certain délai" par "dans un certain délai". On a souligné l'importance de prévoir un délai pour mettre fin à la suspension des poursuites individuelles des créanciers si aucun plan n'était présenté avant son expiration. On s'est déclaré favorable à ce que le délai de soumission soit fixé par la législation de l'insolvabilité et non par le tribunal.

110. Les mots "spécifier quelles parties doivent élaborer le plan de redressement" ont été jugés inappropriés et on a proposé de les remplacer par "identifier les parties capables d'élaborer le plan". On a estimé que la recommandation pourrait également traiter la question de savoir à qui un plan pourrait être proposé, puisqu'il n'était pas toujours nécessaire d'élaborer un plan concernant l'ensemble des créanciers.

111. On a fait observer que le mot "acceptable" employé à l'alinéa b) de la recommandation 127 n'indiquait pas comment la question de l'acceptabilité devait être traitée et devrait donc être supprimé.

112. Un certain nombre de suggestions ont été faites à propos de la recommandation 128. On a proposé notamment que l'alinéa a) exige la communication de certaines informations sur les catégories de créanciers et le traitement accordé à leurs créances, les modalités du plan, l'identité des personnes qui seraient chargées de gérer l'entreprise dans l'avenir, les garanties devant être données par le débiteur, le point de savoir si les biens seraient restitués au débiteur pour l'exécution du plan et la supervision de l'exécution de ce dernier. On a relevé que l'expression "employment contracts" employée dans la version anglaise de l'alinéa b) de la

recommandation 128 différait de la terminologie utilisée dans d'autres parties du Guide et qu'il fallait l'aligner sur cette dernière.

113. S'agissant de la recommandation 129, il a été proposé d'identifier la partie chargée d'élaborer la note et d'indiquer comment et quand cette note serait communiquée aux créanciers. On a noté qu'il fallait préciser s'il s'agissait là d'une note explicative ou d'une note d'information. On a estimé, à cet égard, que les informations requises étaient similaires à celles qui pouvaient être demandées à des fins d'investissement dans certains pays et qu'il pourrait par conséquent s'agir davantage d'une note d'information. On a proposé d'ajouter à la fin de l'alinéa d) un libellé du type "et que le débiteur disposera de liquidités pour payer les dettes échues".

114. On a proposé d'apporter quelques précisions aux recommandations 131 et 132 pour montrer plus clairement que la première recommandation concernait l'approbation du plan de redressement par les créanciers appartenant à une catégorie particulière et que la seconde traitait la question de l'approbation par toutes les catégories de créanciers. Dans la recommandation 131, il était implicite que, si la majorité requise des créanciers d'une catégorie donnée votait en faveur du plan, cette catégorie serait considérée comme approuvant le plan. Dans la recommandation 132, lorsque la majorité requise n'était pas obtenue, les créanciers de cette catégorie seraient considérés comme rejetant le plan et, partant, traités comme des créanciers opposants. On a fait observer que le deuxième critère, relatif aux créances d'un rang inférieur, avait déjà été examiné par le Groupe de travail et qu'il avait été convenu de le supprimer. Le seul critère nécessaire était celui énoncé à l'alinéa b) de la recommandation 133 et de la recommandation 135. D'autres remarques ont été faites à propos de la recommandation 131, à savoir que la dernière phrase n'était pas nécessaire, que la phrase exigeant la majorité à la fois des créanciers et des créances en termes de montant était trop restrictive, et que l'on pourrait prévoir, outre le vote en personne, le vote par procuration. Il a été noté par ailleurs que l'on pourrait préciser quels créanciers devraient être tenus de voter pour approuver le plan. Pour ce qui est de la recommandation 132, on s'est inquiété de la signification des mots entre crochets et de savoir, par exemple, si quatre catégories de créanciers détenant des créances de rang inférieur pourraient lier deux

catégories de créanciers titulaires de créances de rang supérieur.

115. À titre de remarque générale concernant l'approbation du plan, on a noté que les recommandations dans leur libellé actuel ne faisaient référence qu'à l'approbation du plan par les créanciers et non par le débiteur. Si le débiteur n'était pas tenu de participer au processus d'approbation, la question a été posée de savoir s'il ne pourrait pas, en tant que partie intéressée, contester le plan, auquel cas, les alinéas a) et c) de la recommandation 135 pourraient être utiles. Certains se sont dits favorables à ce que la signification de l'expression "parties intéressées" soit précisée.

116. En ce qui concerne l'homologation du plan, on a estimé qu'une recommandation supplémentaire traitant plus généralement de cette question pourrait être insérée avant la recommandation 133, qui serait reformulée de manière à indiquer, sous forme d'affirmation, quand le tribunal devrait homologuer le plan. Si les critères n'étaient pas remplis, le plan ne pourrait pas être homologué. Pour ce qui est de l'alinéa b), l'obligation faite au tribunal de ne pas homologuer le plan lorsque ce dernier n'accordait pas aux créanciers au moins autant que ce qu'ils recevraient en cas de liquidation a été jugée inappropriée car elle ne tenait pas compte des réalités commerciales. On a estimé que, lorsque les exigences énoncées dans les recommandations concernant la notification, l'élaboration du plan, la note explicative et le vote, ainsi que les critères prévus aux alinéas a) et c) de la recommandation 133 avaient été remplis, il ne devrait pas être possible pour le tribunal de refuser l'homologation. Bien que le montant à recevoir puisse être pris en considération par le tribunal, on a souligné que, dans de nombreux cas, les créanciers pouvaient accepter de recevoir moins dans le cadre du plan en raison des avantages que présentait, par exemple, un paiement rapide ou la poursuite des activités de l'entreprise débitrice. Il a été répondu que l'alinéa b) visait uniquement à protéger les créanciers qui ne prenaient pas part au vote en vue de l'approbation du plan. Pour régler ces questions, on a proposé d'ajouter, à l'alinéa b), les mots "sauf consentement des créanciers concernés et compte tenu des coûts et des lenteurs de la liquidation".

117. On s'est inquiété du lien entre la recommandation 133 et la recommandation 135. On a exprimé l'avis que, la recommandation 135 pouvant

s'appliquer tant à la contestation de l'approbation du plan qu'au recours contre la décision du tribunal d'homologuer le plan, le projet de guide devrait distinguer clairement entre ces deux cas de figure. On a également estimé que, compte tenu des majorités exigées dans les recommandations 131 et 132 et du caractère contraignant du plan dans le cadre de la recommandation 134, il était difficile de savoir, d'une part, comment la recommandation 135 s'appliquerait et, d'autre part, qui étaient les parties intéressées. Plusieurs propositions de texte ont été faites pour résoudre certaines de ces difficultés et le secrétariat a été prié d'élaborer une version révisée qui serait examinée à une prochaine session.

118. Selon une opinion favorablement accueillie, on ne voyait pas bien, dans la recommandation 134, à quel moment la libération du débiteur pouvait être effective et il conviendrait peut-être davantage d'aborder la question de la libération dans les recommandations 138 et 139 ou de modifier la recommandation 134 pour y indiquer que la libération serait effective uniquement après exécution du plan. Une certaine préférence a été exprimée pour le maintien des mots "l'ouverture de la procédure" qui figuraient entre crochets. On a estimé que la recommandation relative à l'effet du plan devrait également traiter des poursuites individuelles qui avaient été suspendues à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et de la réintégration du débiteur dans ses fonctions de gestion de l'entreprise et que le sens des termes anglais "*shareholders*", "*equity holders*" et "*equity owners*" devrait être précisé.

119. On s'est dit préoccupé par le mécanisme d'approbation d'une modification du plan prévu dans la recommandation 136. Il a toutefois été répondu qu'il ne serait peut-être pas trop difficile dans la pratique d'obtenir l'accord des créanciers. Il a également été noté que certaines législations de l'insolvabilité fixaient un seuil d'importance relative pour les modifications exigeant l'approbation des créanciers et que, si le plan modifié était plus favorable aux créanciers, aucune approbation n'était requise. Il a été convenu que des indications plus détaillées sur les mécanismes d'approbation des modifications pourraient être nécessaires.

120. Pour ce qui est de la recommandation 137, on a fait observer que certaines législations sur l'insolvabilité ne prévoyaient pas la supervision de l'exécution du plan par le tribunal mais permettaient

aux créanciers de nommer un superviseur et que cette possibilité pourrait être mentionnée dans le Guide.

121. S'agissant du libellé, on a proposé d'indiquer à l'alinéa a) de la recommandation 138 s'il était mis fin à la procédure de redressement ou à l'exécution du plan. En cas de conversion de la procédure de redressement en procédure de liquidation, on a été d'avis que les paiements effectués dans le cadre du plan ne devraient pas être susceptibles d'annulation dans la procédure de liquidation ultérieure. On a par ailleurs estimé, en ce qui concerne l'alinéa b) de cette même recommandation, que la conversion du redressement en liquidation devrait être obligatoire. Il a été fait observer que, du fait que la procédure pouvait être convertie en liquidation pour plusieurs raisons, ces dernières devraient toutes être mentionnées dans une disposition unique, similaire à la recommandation 10.

B. Procédure de redressement accélérée

122. Le Groupe de travail a examiné la question des procédures de redressement accélérées en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. On a généralement approuvé l'idée d'aborder ces procédures dans le projet de guide et d'en examiner les avantages. Il a été rappelé que ces procédures avaient été évoquées lors de la précédente session du Groupe de travail et on a renvoyé aux explications fournies dans le document A/CN.9/507 (par. 244 à 246).

123. Des inquiétudes ont toutefois été exprimées quant à la portée de la proposition contenue dans le document A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, en ce qui concerne notamment les catégories de créanciers qui participeraient à une telle procédure et les effets de cette dernière sur les créanciers du débiteur qui ne seraient pas concernés par le plan proposé; le lien entre, d'une part, ce type de procédure et, d'autre part, les négociations informelles et la procédure d'insolvabilité formelle; ainsi que les effets de l'ouverture d'une procédure accélérée, en particulier l'application de la suspension des poursuites.

124. Afin d'apaiser ces préoccupations, il a été proposé, tout d'abord, de transformer le texte explicatif figurant dans le document A/CN.9/507 en une clause exposant l'objet des dispositions qui servirait d'introduction aux recommandations formulées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 et, ensuite, de revoir le libellé de ces recommandations pour tenir

compte des inquiétudes exprimées au sein du Groupe de travail. Cette proposition a reçu un large soutien.

125. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas pu examiner au chapitre V, la section C relative à la répartition après la liquidation des biens, la section D sur la remise de dettes et la section E consacrée à la clôture et à la réouverture de la procédure.

IV. Questions diverses

1. Points de recoupement entre les travaux du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et ceux du Groupe de travail VI (Sûretés)

126. Le Groupe de travail était saisi du document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10, qui portait sur le traitement des sûretés dans les procédures d'insolvabilité et avait été établi en vue de son examen dans le contexte du Guide législatif sur les opérations garanties. Il est convenu que les deux groupes de travail devraient adopter une approche cohérente en ce qui concerne le traitement des sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité. On a estimé à cet égard que le document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.10 constituait un résumé utile des aspects communs aux sûretés et au droit de l'insolvabilité et qu'il pouvait fournir des éléments susceptibles d'être inclus dans le Guide sur l'insolvabilité, afin de préciser le traitement des créanciers garantis à chaque étape de la procédure d'insolvabilité.

127. On s'est dit favorable à l'idée que les travaux sur l'insolvabilité et ceux sur les sûretés pourraient se fonder sur des principes de base communs, qui seraient notamment les suivants: que le rang des sûretés antérieur à la procédure d'insolvabilité soit maintenu par rapport aux autres créanciers; que les créanciers garantis aient droit à la valeur économique du bien grevé dans la limite de leur sûreté; que la suspension s'applique à la réalisation de la sûreté; que le débiteur puisse utiliser le bien grevé; et qu'il doive être possible de modifier les créances garanties dans le cadre des procédures de redressement.

2. Avancement des travaux d'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

128. Le Groupe de travail a examiné l'état d'avancement de ses travaux sur l'élaboration du guide législatif et la date éventuelle de leur achèvement. On s'est déclaré satisfait dans l'ensemble des progrès réalisés à ce jour.

129. Selon une opinion qui a bénéficié d'un certain soutien, la Commission devrait être en mesure d'achever les travaux en 2003 et le Groupe de travail serait mieux à même de formuler une recommandation sur ce point à l'issue de sa vingt-septième session prévue en décembre 2002.
