



# Assemblée générale

Distr.: Générale  
27 avril 2004

Français  
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Trente-septième session  
New York, 14-25 juin 2004\*

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

### Note du secrétariat

#### Compilation des commentaires d'organisations internationales

#### Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction .....	2
II. Compilation des commentaires .....	2
Organisations internationales .....	2
Commission européenne – Direction générale de la justice et des affaires intérieures .....	2
Banque européenne pour la reconstruction et le développement .....	4
Organisation internationale du Travail .....	5
Département juridique du Fonds monétaire international .....	8

\* Dates modifiées.



## I. Introduction

1. Le texte du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, tel qu'il a été approuvé en principe par la CNUDCI à sa trente-sixième session en 2003 et par le Groupe de travail en septembre 2003, a été distribué à tous les États et aux organisations internationales intéressées afin qu'ils fassent part de leurs observations en vue de la trente-septième session de la Commission. Les commentaires reçus au 26 mars 2004 qui ont directement trait au contenu du projet de guide sont reproduits ci-dessous.

## II. Compilation des commentaires

### Organisations internationales

#### Commission européenne

##### Direction générale de la justice et des affaires intérieures

[Original: Anglais]

**Tout d'abord**, le projet de guide indique qu'il servira de référence pour l'élaboration de textes de loi mais ne donne pas un ensemble unique de solutions. Au lieu de cela, il tente, dans les recommandations figurant à la fin de chaque section, d'établir un équilibre entre les différents objectifs de la loi sur l'insolvabilité – par exemple entre universalité et territorialité de la procédure, entre liquidation et redressement, entre régime favorable aux créanciers et régime favorable aux débiteurs, entre créances garanties et créances ordinaires. Ce faisant, il semble réfuter tout besoin d'harmonisation, par exemple, au moyen d'un instrument international contraignant. Lorsqu'elles abordent des problèmes précis de droit matériel de l'insolvabilité, les recommandations concernant la législation pourraient constituer une solution pragmatique, vu qu'il est difficile de trouver une approche commune sur des questions qui ont été traitées différemment par les systèmes judiciaires nationaux. Toutefois, lorsque les règles de compétence et de conflit de lois peuvent s'appliquer à des affaires d'insolvabilité transfrontalière, il faut s'assurer qu'elles sont compatibles d'un pays à l'autre.

Aussi le projet de guide renvoie-t-il à des instruments de droit international privé existants, tels que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Il mentionne en particulier la définition de centre des intérêts principaux du débiteur et celle d'établissement – deux critères pris en compte pour l'ouverture d'une procédure. On constate toutefois un manque de cohérence entre le paragraphe 99 ("en particulier lorsqu'ils sont d'un pays étranger, il faudrait indiquer clairement dans la loi quels tribunaux sont compétents pour quelles fonctions") et la note de bas de page 8 ("La présente recommandation est censée indiquer les motifs minimums et non exclusifs de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Il peut être fait état d'autres motifs, tels que la présence d'actifs, dans certains pays"). Le maintien du critère des actifs ne nous paraît pas

justifié. Nous ne voulons pas dire par là que ce critère ne doit pas être pris en compte mais que, s'il l'est, il devrait être mentionné dans la recommandation. Si ce critère n'est pas utilisé ou n'est pas satisfaisant – voir le paragraphe 98 qui indique que “la présence d'actifs risque par conséquent de poser des problèmes de conflit de juridictions, notamment l'éventualité de l'ouverture de procédures multiples, et des questions de coordination entre ces procédures et de coopération entre les États” –, nous ne voyons pas très bien ce qui est recommandé ici.

**D'autre part**, à propos des formalités de déclaration des créances étrangères, il est utile de mentionner dans la recommandation 18 (p. 72), au paragraphe 583 (p. 235) et dans la recommandation 158 (p. 244), les dispositions des articles 40 à 42 du Règlement (CE) n° 1346/2000 relatifs à l'information des créanciers.

S'agissant du paragraphe 161 (p. 75) commençant par “Dans d'autres lois, la procédure d'insolvabilité est sans incidence sur les sûretés et les créanciers garantis peuvent agir pour obtenir l'exécution de leurs droits légaux et contractuels”, il est à noter que ce principe est prévu dans un contexte transfrontalier par l'article 5 du Règlement.

Au paragraphe 166 (p. 77), il serait utile de faire référence à la solution adoptée dans le Règlement, qui repose sur le principe d'une procédure de portée universelle mais préserve également la possibilité d'ouvrir des procédures secondaires dont les effets sont limités au territoire de l'État membre concerné. Les décisions étrangères sont reconnues automatiquement et des règles spéciales sont prévues pour la coordination entre les syndics.

Pour ce qui est des paragraphes 324 et 325 et de la recommandation 74 (p. 145) concernant les “sûretés”, il est utile de mentionner l'article 8 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée le 13 décembre 2002.

En ce qui concerne les créances prioritaires, le paragraphe 632 (p. 251) indique que cette question peut être particulièrement problématique dans les affaires d'insolvabilité transnationale. Le projet de guide fait référence à la Loi type de la CNUDCI mais il pourrait aussi décrire brièvement l'approche équilibrée suivie par l'Union européenne dans l'article 4.2 i) du Règlement – à savoir que le rang des créances est déterminé par la loi de l'État d'ouverture de la procédure (principale ou secondaire).

Enfin, à propos du délicat problème de l'insolvabilité des groupes de sociétés, la Section C (p. 255 à 258), préconise une conception extensive de l'insolvabilité de manière à englober également lesdits groupes, tout en soulignant les inconvénients de cette conception. Au sein de l'Union européenne, l'approche fondée sur les “groupes de sociétés” (qui fait appel à des critères économiques) et celle fondée sur la “constitution de la société” (qui prend en compte l'État où se trouve le siège social) sont toutes deux représentées. En fait, le nouveau Règlement ne prévoit pas de traitement “consolidé” des sociétés d'un même groupe. Cela étant, certaines décisions contradictoires prises par des juridictions nationales montrent qu'il est difficile d'appliquer des critères communs dans la pratique.

## Banque européenne pour la reconstruction et le développement<sup>2</sup>

[Original: Anglais]

### Observations générales

Avant de faire part de ses commentaires ci-après, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) souligne l'importance de l'insolvabilité pour les pays en transition d'Europe orientale et d'Asie centrale et informe la Commission que, dans le cadre des travaux qu'elle poursuit dans ce domaine, elle consacrera cette année sa nouvelle enquête sur les indicateurs juridiques à l'insolvabilité. Cette enquête visera à mesurer l'efficacité pratique des régimes d'insolvabilité dans les pays où la Banque opère, ce qui permettra à celle-ci de déterminer les principaux points forts et points faibles de ces régimes. La BERD note également la complémentarité entre ses propres travaux, qui mettent essentiellement l'accent sur les avantages économiques pouvant découler de l'adoption de lois efficaces et transparentes en matière d'insolvabilité, et ceux de la CNUDCI. Elle constate, à la lecture du Guide que celui-ci concourt à la réalisation de ces objectifs et énonce des recommandations claires qui seraient utiles pour les pays de droit civil et les pays de *common law* ayant des économies développées ou en développement.

### Observations particulières

Le paragraphe 126 indique qu'il n'y a pas de consensus en ce qui concerne la faculté pour un créancier de demander l'ouverture d'une procédure de redressement. Nous sommes d'avis que cette faculté est indispensable, non seulement en cas de démission de la direction de la société débitrice mais également parce que les créanciers souhaiteront peut-être naturellement exercer un certain contrôle sur la procédure d'insolvabilité. Comme le souligne le Guide, la plupart des régimes autorisent les créanciers à demander l'ouverture d'une procédure de liquidation. Si la possibilité d'engager une procédure de redressement leur est également ouverte, en d'autres termes si les créanciers peuvent à la fois mettre en route et "conduire" la procédure, nous pensons qu'ils seront plus disposés à accepter le redressement. Cela est particulièrement vrai dans les régimes où la partie demandant l'ouverture de la procédure a la faculté de sélectionner l'administrateur de l'insolvabilité. Les créanciers seront bien plus enclins à appuyer un redressement s'ils peuvent faire en sorte que "leur" administrateur de l'insolvabilité soit aux commandes.

Le paragraphe 142 traite de la notification devant être adressée en cas de dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure. Le Guide laisse entendre que, dans certains cas, le débiteur n'aura peut-être pas besoin de notifier une telle demande aux créanciers. Si une telle dispense de notification peut se justifier dans certaines circonstances, il faut également tenir compte des problèmes découlant de certains régimes d'insolvabilité qui font primer les dépenses de l'administrateur de l'insolvabilité sur les droits réels des créanciers garantis. Lorsque la loi prévoit de telles dispositions, nous estimons que les créanciers garantis devraient être fondés à recevoir notification des demandes d'ouverture et, à défaut de notification, que les dépenses de l'administrateur de l'insolvabilité ne peuvent pas être prioritaires sur les droits de ces créanciers. Si des dispositions sur la notification ne peuvent être

---

<sup>2</sup> Les commentaires ci-après n'ont pas été revus par la direction de la BERD.

prises en pratique dans certains régimes juridiques, nous proposons de prévoir une disposition qui fasse obligation à l'administrateur de l'insolvabilité de signifier les jugements d'ouverture à tous les créanciers garantis dans un délai raisonnable et qui autorise expressément ces créanciers à demander une modification des modalités prévues dans ces jugements concernant les dépenses.

Le paragraphe 143 traite de la notification que les créanciers doivent adresser au débiteur lorsqu'ils engagent une procédure mais n'indique pas comment ceux-ci doivent, le cas échéant, aviser les autres créanciers. Nous ne savons pas si cette omission est intentionnelle. Pour les motifs exposés au paragraphe précédent, sauf lorsque des situations exceptionnelles d'urgence ne le permettent pas, les créanciers demandant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devraient envoyer une notification à tous les créanciers garantis connus.

Le paragraphe 324 laisse entendre que les sûretés octroyées par le débiteur aux créanciers en contrepartie d'une prestation autre que de "nouveaux fonds qui lui sont avancés" sont susceptibles d'annulation en vertu de la loi sur l'insolvabilité. On suppose donc ici que lorsque de "nouveaux fonds" sont avancés, l'opération ne sera pas annulable. Nous pensons que le Groupe de travail pourrait développer ce point en précisant que l'opération sera préservée non pas simplement par l'apport de "nouveaux fonds" mais plutôt par l'octroi de toute nouvelle contrepartie en vertu du système juridique applicable. Cette distinction est importante dans le cadre, par exemple, des accords de renonciation conclus par les prêteurs. Lorsqu'un prêteur accepte de ne pas faire exécuter ses droits en vertu d'une convention de prêt, une telle renonciation peut être une contrepartie valable dans de nombreux systèmes juridiques et, de ce fait, devrait protéger toute nouvelle sûreté consentie en échange. En effet, le prêteur n'aura peut-être pas injecté de nouveaux fonds, mais il aura apporté une contrepartie valable à l'octroi d'une nouvelle sûreté.

Le paragraphe 402 indique que la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le degré de relation entre le débiteur et l'administrateur de l'insolvabilité qui pourra donner lieu à un conflit d'intérêts. Nous souscrivons sans réserve à ce principe car des dispositions dans ce sens favorisent une plus grande transparence de la procédure d'insolvabilité. Nous pensons que le Groupe de travail pourrait envisager d'aller bien plus loin en recommandant que certaines relations soient strictement interdites. Par exemple, il ne conviendrait peut-être pas de nommer au poste d'administrateur de l'insolvabilité (fonction souvent exercée par un cabinet d'experts-comptables) un ancien commissaire aux comptes de la société débitrice. Cette relation étroite peut générer de nombreux conflits, notamment mais pas uniquement, comme dans le célèbre "cas Enron" où non seulement d'anciennes pratiques comptables mais également le commissaire aux comptes ont en fait précipité l'insolvabilité du débiteur. Dans ce cas, un administrateur de l'insolvabilité indépendant peut être chargé d'assigner les responsables au nom des créanciers et se trouverait évidemment dans une situation de conflit si sa propre entreprise figurait parmi ces responsables.

### **Organisation internationale du Travail**

[Original: Anglais]

Le Bureau international du Travail (BIT) a suivi avec intérêt les travaux du Groupe de travail V de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et souhaite faire

part des observations ci-après sur le document A/CN.9/WG.V/WP.70 (première et deuxième parties) en vue de la finalisation et de l'adoption prochaines du Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité.

S'agissant des principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, énumérés dans la première partie du Guide législatif, le BIT ne saurait approuver le texte de l'objectif numéro 8 qui figure au paragraphe 21 (p. 15) du projet. Le texte indique que "dans toute la mesure possible, ce classement devrait être établi en fonction des accords commerciaux existants et ne pas refléter des préoccupations d'ordre social et politique susceptibles de fausser l'issue de la procédure" et propose en conséquence d'"éviter d'accorder la priorité à des créances qui ne sont pas fondées sur des accords commerciaux". Le BIT voit là une façon tendancieuse d'exprimer l'objectif, qui consiste à établir des règles claires pour le classement des créances prioritaires. Le texte préconise clairement de donner la priorité aux prêteurs ou aux créanciers institutionnels, au détriment essentiellement des salariés dont le travail est néanmoins indispensable à toute entreprise pour être solvable.

Les prêteurs prélèvent des intérêts sur les prêts qu'ils accordent aux débiteurs, dans lesquels le facteur risque est implicitement pris en compte. Le non-remboursement est un risque commercial auquel s'exposent normalement tous les prêteurs. De fait, ceux-ci imposent des taux d'intérêt différents selon le niveau de risque que chaque client représente pour eux. Si, en dépit du risque, ils acceptent d'avancer de l'argent, ils devraient aussi en principe accepter les pertes lorsque leur client devient insolvable. En revanche, en vertu d'un principe fondamental du droit du travail, les travailleurs ne partagent pas le risque commercial de leur employeur. L'approche adoptée dans le projet de guide législatif signifie donc ni plus ni moins que le risque commercial des prêteurs et des entrepreneurs retombe sur les épaules des travailleurs. Si tel est sans doute le point de vue des rédacteurs du Guide, il n'en reste pas moins que la plupart des pays ont décidé de privilégier les créances des salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur. Attendu que 95 pays sont à ce jour parties à la Convention de l'OIT sur la protection du salaire de 1949 (n° 95), dont l'article 11 fait obligation aux Membres de traiter les travailleurs comme des créanciers privilégiés en cas de liquidation judiciaire ou de faillite de l'entreprise, le BIT pense que ces pays ne sauraient souscrire à la proposition de la CNUDCI à moins qu'ils ne dénoncent les obligations internationales par lesquelles ils sont liés.

Pour ce qui est de la deuxième partie du Guide législatif, qui traite des dispositions essentielles d'une loi efficace et effective sur l'insolvabilité, l'OIT conteste le point de vue exprimé au paragraphe 629, selon lequel "certaines priorités sont motivées par des préoccupations sociales auxquelles il peut être plus facile de répondre dans d'autres lois, par exemple dans la législation sur la protection sociale, qu'en élaborant une loi sur l'insolvabilité pour atteindre des objectifs sociaux n'ayant qu'un rapport indirect avec les questions d'endettement et d'insolvabilité" car "le fait de prévoir une priorité dans la loi sur l'insolvabilité peut au mieux apporter un remède incomplet et insuffisant au problème social tout en diminuant l'efficacité de la procédure d'insolvabilité". Le danger est que, dans le but de faciliter la viabilité d'une entreprise insolvable et d'alléger la procédure d'insolvabilité pour les créanciers garantis et les professionnels de l'insolvabilité, le Guide non seulement ne se soucie guère des paramètres sociaux de l'insolvabilité et de la liquidation mais laisse aussi clairement entendre que tous les aspects

concernant la protection sociale des travailleurs en cas d'insolvabilité d'un employeur devraient être exclus du champ d'application de la loi sur l'insolvabilité. Le BIT doute sérieusement du bien-fondé de l'avis exprimé dans le projet de guide selon lequel la loi sur l'insolvabilité ne devrait pas avoir pour objet de répondre à des préoccupations sociales. Dans sa rédaction actuelle, le Guide donne l'impression inquiétante d'avoir pour véritable intention de démanteler le système de privilèges accordés aux créances salariales, en dépit de son application quasiment universelle, afin de mieux protéger les intérêts des créanciers institutionnels, d'autant plus qu'il ne propose apparemment pas de solution de remplacement valable et facilement applicable à ce système, puisque les institutions de garantie des salaires, qu'il mentionne brièvement, sont à vrai dire "des arrangements de pays riches" et sont très difficiles à mettre en place et à faire fonctionner dans les pays en développement.

De plus, le BIT considère que les paragraphes 633 et 634 (p. 251) ne rendent pas suffisamment compte de la pratique internationale, qui reconnaît très largement la nécessité d'accorder une protection spéciale aux créances salariales et octroie à ces créances un rang de priorité supérieur à la plupart des autres créances privilégiées. Le fait que le projet de texte ne mentionne pas les pays où les créances salariales bénéficient d'un "superprivilège" primant toutes les autres créances, y compris les créances garanties (à cet égard, la définition du terme "superprivilège" dans la partie introductive du Guide est incorrecte et doit être reformulée) est révélateur. Le BIT a eu l'occasion de soumettre pour ces deux paragraphes des variantes qui décrivaient plus fidèlement l'état du droit et de la pratique dans la plupart des pays, mais aucune de ses propositions ne semble avoir été retenue. Il souhaite mentionner à nouveau l'Étude d'ensemble des rapports concernant la Convention (n° 95) sur la protection du salaire de 1949 réalisée en 2003 par la Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations, dont les paragraphes 298 à 353 analysent dans le détail les lois nationales en matière de protection des créances salariales liées aux services rendus [copie jointe avec commentaires].

En outre, la recommandation 174 (p. 254), dans sa rédaction actuelle, laisse apparemment entendre que les créances salariales doivent être regroupées avec toutes les autres créances privilégiées dans une seule et même classe de créances prioritaires et qu'elles peuvent être remboursées proportionnellement (et non intégralement) en cas d'insuffisance d'actifs. Ce point de vue reflète la pratique d'un nombre limité de pays appartenant à la famille de la *common law* mais est loin d'être largement accepté. En fait, dans la grande majorité des pays, les créances salariales constituent une classe distincte de créances privilégiées et priment les créances de l'État et celles de la sécurité sociale. D'ailleurs, cette opinion dominante a trouvé son expression dans l'article 8-1 de la Convention de l'OIT sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur de 1992 (n° 173), qui fait obligation aux États membres de placer les créances des travailleurs à un rang de privilège plus élevé que la plupart des autres créances privilégiées, et en particulier celles de l'État et de la sécurité sociale.

Dans l'ensemble, le BIT pense que les travaux actuellement réalisés par le Groupe de travail V de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité touchent de très près son propre programme visant à promouvoir un travail décent, voire à certains égards s'opposent directement aux objectifs et priorités de l'Organisation. Il a

l'intention de continuer à suivre attentivement les discussions du Groupe de travail pour s'assurer que les concepts et principes fondamentaux des instruments de l'OIT relatifs au droit des faillites et de l'insolvabilité ne soient pas mis à mal sans la moindre critique. Comme la Commission d'experts de l'OIT l'a déclaré au paragraphe 505 (p. 308) de l'Étude d'ensemble susmentionnée, "il serait inadmissible qu'une initiative visant à rendre plus efficace la législation concernant l'insolvabilité aboutisse à rendre cette législation indifférente aux considérations sociales. La qualification des salaires et droits connexes des salariés en dettes privilégiées est la pierre angulaire de la législation du travail de pratiquement tous les pays et la Commission tient fortement à mettre en garde contre la tentation de remettre en question un tel principe sans proposer en lieu et place un dispositif qui soit non moins protecteur, tel qu'un fonds de garantie du salaire ou un système d'assurance ayant une source de financement distinct pour assurer le règlement des créances salariales".

### **Département juridique du Fonds monétaire international**

[Original: Anglais]

#### **1. Présentation générale**

Le Département juridique du Fonds monétaire international (FMI) souhaiterait encore faire des commentaires sur certains aspects essentiels des développements du Guide consacrés aux questions de redressement, ainsi que sur d'autres sections. La présente note aborde tout d'abord le redressement puis les autres chapitres dans l'ordre où ils apparaissent dans le Guide.

#### **2. Procédure de redressement**

Comme nous l'avons fait observer dans de précédents commentaires, nous sommes principalement préoccupés par les dispositions régissant le vote et l'approbation par les créanciers des plans de redressement. Nous tenons à souligner que les présents commentaires ne visent pas à modifier l'orientation générale du Guide mais plutôt à examiner comment ce dernier pourrait préciser et analyser davantage les différentes options qui s'offrent dans ce domaine essentiel.

Premièrement, il faut indiquer explicitement dans le commentaire et les recommandations que si un plan de redressement risque d'avoir une incidence sur les droits des créanciers garantis ou d'autres créanciers prioritaires, ceux-ci doivent alors dans tous les cas voter séparément des créanciers chirographaires dans des classes distinctes les unes des autres. Dans sa rédaction actuelle, le Guide n'exclut pas la possibilité d'appliquer un plan à des créanciers prioritaires, mais ne dit pas non plus expressément que ces créanciers doivent en tout état de cause voter dans des classes séparées. De ce fait, il pourrait être interprété comme autorisant des arrangements dans lesquels les créanciers garantis et d'autres créanciers prioritaires pourraient être obligés de voter avec les créanciers chirographaires, ce qui risquerait d'affaiblir sensiblement – si ce n'est d'annihiler purement et simplement – les droits des créanciers prioritaires et d'avoir des répercussions notamment sur la disponibilité, le coût et d'autres modalités du crédit dans les pays appliquant de tels arrangements. Pour répondre à cette préoccupation, on pourrait indiquer que les créanciers garantis et les créanciers prioritaires doivent en tout état de cause voter

dans des classes distinctes dans les recommandations 130 et 133 ainsi que dans la troisième phrase du paragraphe 515 du commentaire<sup>3</sup>.

Deuxièmement, le Guide doit préciser et examiner plus systématiquement les mesures de protection minimales qu'une loi devrait accorder aux créanciers opposants qui sont soumis à un plan de redressement (que ce soit les membres minoritaires d'une classe approuvant le plan ou les membres d'une classe opposante à qui le plan est imposé). Le commentaire mentionne succinctement divers types de protection (règle de la valeur liquidative minimale, règle de la préférence absolue, etc.) mais n'examine pas la question de façon systématique et ne donne aucune précision sur les mesures de protection minimales dont doivent bénéficier les créanciers opposants pour qu'un plan soit acceptable. Au contraire, les développements sur ce point semblent incomplets et discontinus<sup>4</sup>.

Troisièmement, alors que la question est examinée en détail dans le commentaire, les recommandations ne semblent pas mentionner la possibilité de subdiviser les créanciers chirographaires en classes à des fins de vote<sup>5</sup>. Comme le souligne le commentaire, la répartition des créanciers chirographaires en différentes classes, bien que potentiellement complexe, peut dans certains cas être un moyen crucial d'assurer l'approbation d'un plan de redressement par les créanciers. On pourrait donc très utilement modifier les recommandations afin d'y préciser que la loi devrait également prévoir la possibilité de subdiviser les créanciers chirographaires en plusieurs classes.

Quatrièmement, hormis les questions de vote et d'approbation du plan examinées ci-dessus, la faculté (évoquée aux paragraphes 535 et 538) pour un tribunal de rejeter ou de ne pas homologuer un plan pour des raisons de "non-faisabilité" économique est un autre sujet de préoccupation. L'exemple de "non-faisabilité" cité dans ces paragraphes (à savoir l'absence d'arrangement concernant les créances garanties) convient, mais le critère général de faisabilité est bien plus large et pourrait être utilisé pour rejeter un plan dans nombre d'autres cas moins appropriés. Étant donné la complexité de ce type de décisions économiques et le fait

<sup>3</sup> Le paragraphe 515 pourrait être modifié comme suit (les ajouts sont soulignés): "Adopter une approche permettant aux créanciers garantis et aux créanciers prioritaires de voter en tant que catégorie distincte c'est apporter la garantie minimale qu'ils bénéficieront d'une protection adéquate et reconnaître que les droits et intérêts respectifs des créanciers garantis et des créanciers prioritaires diffèrent de ceux des créanciers chirographaires".

<sup>4</sup> Par exemple, la première phrase du paragraphe 508 indique seulement qu'il "pourra être nécessaire" d'assurer la protection des créanciers opposants; et le paragraphe 532 dit uniquement que les lois prévoyant un mécanisme d'adhésion forcée énoncent "généralement" des conditions qui visent à protéger les créanciers (sans préciser toutefois quelles dispositions sont appropriées dans quels cas). De même, la recommandation 134 dispose simplement que la loi devrait examiner "le traitement" à réserver aux classes opposantes lorsque l'approbation de l'ensemble des classes n'est pas nécessaire; la recommandation 137 prévoit la possibilité de continuer à utiliser les actifs grevés contre la volonté du créancier garanti sans proposer de mesures concrètes de protection; et la recommandation 138 n'explique pas ce qu'il faut entendre par traitement "juste et équitable" des créanciers aux fins de l'homologation du plan (en dépit du fait que très peu de lecteurs en dehors des États-Unis connaissent probablement l'interprétation associée à cette expression dans le droit américain).

<sup>5</sup> Le texte actuel (recommandation 130) indique seulement que la loi devrait préciser "si les créanciers devraient ou non voter par catégorie en fonction de leurs droits respectifs"; il ne semble donc pas envisager la répartition des créanciers chirographaires en plusieurs classes.

que les créanciers sont en définitive les mieux placés pour les prendre, nous estimons que les lois devraient généralement soit ne pas habiliter les tribunaux à rejeter un plan approuvé par les créanciers pour des motifs de faisabilité soit définir très strictement les cas dans lesquels ce pouvoir peut être exercé. Un libellé dans ce sens pourrait être utilement ajouté non seulement dans le commentaire (par exemple, au paragraphe 539), mais également dans les recommandations.

Autres commentaires concernant le redressement:

- Afin de ne pas donner aux tribunaux un pouvoir d'appréciation illimité (et d'éviter, notamment, les importants retards qui en découlent fréquemment), les recommandations 123 et 125 devraient préciser les cas dans lesquels le délai de présentation du plan et la période d'exclusivité peuvent être prorogés ou au moins indiquer que la loi devrait mentionner des motifs précis et limités pouvant justifier une telle prorogation.
- Nous supprimerions les crochets et conserverions tels quels les passages concernés dans les recommandations 128 b) i), 128 c) v) et vi) et 138 e) et f).
- Les alinéas a) et b) de la recommandation 139 devraient probablement renvoyer, non pas aux recommandations 142 et 144 respectivement, mais aux recommandations 138 et 140.
- En ce qui concerne la procédure de redressement accélérée, le texte entre crochets figurant dans la recommandation 146 b) pourrait très utilement être supprimé, car la procédure de mise aux voix qui s'y trouve mentionnée n'est probablement pas très développée dans de nombreux marchés émergents.
- La disposition prévue dans la recommandation 150 selon laquelle l'ouverture d'une procédure accélérée devrait être notifiée aux créanciers "individuellement" n'est pas claire. Nous constatons toutefois que les procédures de redressement accélérées sont de plus en plus utilisées non seulement en ce qui concerne les banques et d'autres créanciers aisément identifiables mais aussi pour des créances détenues par des obligataires. Il importe donc de ne pas exiger du représentant de l'insolvabilité qu'il notifie individuellement l'ouverture de la procédure accélérée à des créanciers aussi dispersés mais plutôt d'autoriser la notification par le mandataire des obligataires ou un autre mécanisme prévu dans le contrat obligataire.
- Dans la recommandation 153, la première option entre crochets semble plus appropriée, car elle permettrait simplement le rétablissement des créanciers dans leurs droits initiaux en cas d'échec d'un plan de redressement accéléré. La deuxième option entre crochets, qui prévoit la conversion de la procédure en liquidation en cas d'inexécution d'un plan de redressement accéléré homologué, peut avoir pour effet de décourager les débiteurs de recourir tout de suite à une procédure accélérée, ce qui risque de retarder le moment où ils commenceront à s'attaquer à leurs difficultés financières.

### **3. Glossaire**

Le Glossaire continue de nous poser des difficultés, exposées ci-après, difficultés que nous avons déjà soulevées dans des commentaires antérieurs sur le Guide:

Emploi du terme “tribunal” – Il faudrait nuancer les propos du paragraphe 5 du Glossaire en précisant que les mécanismes extrajudiciaires peuvent être une option, *si ceux-ci sont autorisés dans le système juridique d’un pays*. Le fait est que la plupart des systèmes juridiques imposent souvent des limites *constitutionnelles* à la possibilité d’éviter purement et simplement la procédure judiciaire et de recourir à la place à des mécanismes administratifs. En conséquence, même lorsque des organes administratifs sont utilisés, les parties dans ces pays conservent toujours le droit de soumettre en dernier recours leurs litiges à un *tribunal*.

“Protection de la valeur des actifs grevés” – Cette définition pourrait très utilement être supprimée compte tenu de la complexité du sujet; des autres solutions possibles (notamment la protection de la valeur d’une créance garantie), qui ne sont pas examinées dans le Glossaire; et des développements plus clairs et plus détaillés sur la question figurant dans la deuxième partie du Guide.

“Passif garanti” – La première définition entre crochets (montant global des créances garanties) convient davantage que la seconde (créances des créanciers garantis), bien qu’aucune des deux ne soit entièrement claire. L’essentiel, comme le reconnaît le Guide dans une autre partie (et contrairement à ce qui est indiqué dans la seconde définition), est que la mesure dans laquelle une créance est garantie devrait dépendre de la valeur de la créance du créancier garanti ou de la valeur du bien affecté en garantie suivant laquelle des deux est *inférieure*. Il serait donc utile de préciser dans le Glossaire qu’une créance d’un créancier garanti devrait être considérée comme entrant dans le “passif garanti” seulement à hauteur de la valeur du bien affecté en garantie, car toute autre approche donnerait à ce créancier un avantage supérieur à celui qu’il a négocié.

“Sûreté réelle” – La première phrase de la définition n’est pas exacte et pourrait être utilement supprimée. Tout d’abord (et comme indiqué dans la deuxième phrase) une sûreté réelle n’est pas nécessairement octroyée par une partie, mais peut aussi être créée de manière involontaire. Ensuite, une sûreté réelle n’“engage” pas en soi un débiteur à payer ou à s’acquitter de son obligation; l’engagement de payer ou d’exécuter une obligation est établi dans le contrat sous-jacent, la sûreté réelle donnant simplement au créancier certains droits en cas de défaut de paiement ou d’inexécution d’une autre obligation de la part du débiteur.

“Arrêt des poursuites” – Outre les actions concernant les biens, droits et obligations du débiteur, il semble que cette définition devrait également viser les *actions contre le débiteur lui-même*.

“Créancier chirographaire” – Dans la même logique que le commentaire formulé ci-dessus à propos du terme “passif garanti”, on pourrait utilement préciser dans la définition de créancier chirographaire qu’il peut également s’agir d’un créancier garanti dans la mesure où la valeur de sa créance est supérieure à la valeur du bien affecté en garantie.

#### **4. Cadre institutionnel**

Dans le prolongement du commentaire formulé ci-dessus à propos de la définition du terme “tribunal”, nous pensons que le paragraphe 75 devrait préciser que, même si le représentant de l’insolvabilité ou un autre tiers se voit conférer de larges pouvoirs de sorte que le rôle du tribunal soit limité, la participation de ce dernier n’en resterait pas moins nécessaire dans la plupart des systèmes juridiques

*dès lors que survient un désaccord au sujet d'une question confiée au représentant.* Cela confirmerait ainsi la nécessité de renforcer les capacités judiciaires dans les États où ces capacités sont insuffisantes. Le texte actuel risque de donner à tort l'impression qu'on peut éviter les tribunaux (et que de ce fait le renforcement des capacités peut attendre), ce qui n'est pas vrai.

#### **5. Actifs constituant la masse de l'insolvabilité**

Bien que cette question soit examinée plus en détail dans d'autres parties du Guide, la section consacrée aux actifs constituant la masse de l'insolvabilité, en particulier le paragraphe 160, pourrait faire ressortir plus clairement le fait qu'une protection adéquate devra être accordée dans tous les cas où des actifs grevés entrent dans la masse. Par exemple, la première phrase de ce paragraphe pourrait indiquer que, lorsqu'ils sont inclus dans la masse, les actifs grevés *devraient* (et non pas simplement "peuvent") faire l'objet de certaines mesures de protection. De même, il faudrait ajouter dans la dernière phrase du paragraphe qu'une loi sur l'insolvabilité *devrait expressément assurer la protection des droits réels des créanciers garantis sur les actifs grevés.*

Le commentaire (par. 173) note à juste titre que la date servant de référence pour la constitution de la masse diffère d'un pays à l'autre (date d'ouverture de la procédure, date de demande de l'ouverture ou autre événement). Or, le texte actuel de la clause relative à l'"objet de dispositions législatives" mentionne seulement les actifs entrant dans la masse au moment de l'*ouverture* de la procédure. Il faut donc le modifier pour prendre en compte ces différentes possibilités.

#### **6. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité**

Cette section conclut qu'une exception à l'application de l'arrêt des poursuites est possible lorsqu'elle est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur (par exemple, recommandation 35 et paragraphes 182 et 184). Nous ne désapprouvons pas ce principe sur le fond mais nous nous demandons si l'on ne pourrait pas obtenir le même résultat, sans la complexité d'une exception, simplement en définissant l'arrêt des poursuites comme un mécanisme permettant de suspendre la prescription en ce qui concerne les créances contre le débiteur. Si le délai de prescription cesse de courir, les droits d'un créancier d'assigner le débiteur devraient être les mêmes le jour de la mainlevée de l'arrêt que le jour de sa prise d'effet. Si la suspension de la prescription est effectivement déjà prévue dans l'arrêt des poursuites tel que le conçoit actuellement le Guide, se pose alors la question plus générale de savoir pourquoi une exception visant à "préserver une créance" contre le débiteur est nécessaire.

S'agissant de la technique consistant à protéger le montant de la fraction garantie de la créance, le paragraphe 215 pourrait très utilement souligner que cette technique est bien moins complexe que l'autre solution consistant à protéger la valeur de l'actif grevé, en particulier du fait que la première n'exige pas les évaluations constantes et complexes associées à la seconde. De fait, bien qu'elle soit à peine effleurée dans le Guide, la protection du montant de la fraction garantie est très probablement la meilleure solution pour la plupart des pays à marché émergent qui n'ont pas le cadre institutionnel nécessaire pour réaliser des calculs constants et compliqués sur la valeur du bien affecté en garantie.

Autres commentaires concernant la protection et la préservation de la masse:

- Le membre de phrase entre crochets figurant dans la recommandation 38 b) devrait probablement être supprimé, car cette hypothèse compliquerait davantage la décision en posant des problèmes supplémentaires d'évaluation.
- Attendu que des parties autres que le débiteur peuvent également être touchées par une décision d'accorder des mesures provisoires, le paragraphe 199 devrait mentionner l'obligation de notifier *les parties intéressées en général* (et non pas seulement le débiteur).
- Il manque apparemment un intitulé ("*ii Liquidation*") immédiatement avant le paragraphe 188.

## 7. Utilisation et disposition des actifs

Le paragraphe 237 indique que la masse devrait payer, en contrepartie des "avantages" qu'elle tire de la poursuite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers, une somme considérée comme une dépense d'administration. Il semble que ce sont non pas les "avantages" tirés par la masse – terme restrictif et subjectif – mais plutôt *toutes* les dettes dues à un tiers en contrepartie de l'utilisation continue de ses actifs qui devraient être traitées comme une dépense d'administration. Le paragraphe 237 pourrait être utilement modifié dans ce sens.

Dans la dernière phrase du paragraphe 220, les mots "en particulier" devraient probablement être remplacés par "*par exemple*".

## 8. Traitement des contrats

Les développements actuels sur les clauses *ipso facto* se concentrent exclusivement sur les clauses de *résiliation* automatique. Le Guide pourrait aussi utilement examiner la politique appliquée par les pays en matière d'annulation ou d'acceptation d'autres types de clauses *ipso facto* (par exemple, les clauses imposant le versement d'intérêts de pénalité ou d'autres charges spéciales en cas d'insolvabilité ou de survenance d'autres événements révélateurs de l'insolvabilité).

Dans la même logique que la proposition avancée plus haut à propos de l'utilisation et de la disposition des actifs, on devrait indiquer au paragraphe 270, non pas que toute "prestation reçue" au titre d'un contrat rejeté par la suite mais plutôt que tout *paiement arrivant à échéance* en rapport avec ce contrat pendant la période précédant son rejet sera traité comme une dépense d'administration.

Nous approuvons pleinement le principe selon lequel les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée peuvent être limitées par la loi (recommandation 68). Le commentaire semble toutefois aborder cet aspect uniquement sous l'angle des *baux* à long terme (par. 285) et doit donc être étoffé sur ce point. D'une manière plus générale, il semble que les passages consacrés aux dommages-intérêts pour rejet d'un contrat (par. 281 et 282) pourraient être très utilement développés de sorte que soit reconnue à la loi la possibilité de limiter ces dommages-intérêts dans les cas appropriés (par exemple, non seulement pour les contrats de longue durée mais également dans les cas où l'imposition d'intérêts de pénalité et d'autres types de charges pour défaut d'exécution se solde par une créance contre le débiteur bien plus importante que la créance initiale avant le calcul de ces charges). La possibilité prévue actuellement dans le Guide de calculer les dommages-intérêts conformément

au droit général applicable ne convient pas, car il est peu probable que le droit général limitera les dommages-intérêts par ailleurs autorisés simplement pour éviter que ceux-ci ne soient disproportionnés par rapport aux créances des autres créanciers en cas d'insolvabilité.

## 9. Procédure d'annulation

Nous ne voyons toujours pas pourquoi les “créanciers potentiels” sont mentionnés dans la disposition prévoyant l'annulation des “opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers” (Recommandation 73 et par. 314), surtout du fait que les dispositions d'annulation ont principalement pour but de défaire des opérations qui portent atteinte au principe du traitement équitable des *créanciers effectifs*. Il s'agit là apparemment de la seule catégorie d'opérations annulables définie par référence à un groupe autre que les créanciers effectifs. Il serait utile de préciser dans le Guide les fondements de cette règle particulière (et de noter éventuellement que les problèmes de preuve évoqués dans le Guide seront probablement exacerbés lorsque la décision a trait à l'intention vis-à-vis d'un “créancier potentiel”). Si cette règle n'a aucun fondement particulier, il faudrait alors probablement la supprimer pour éviter toute confusion.

Les opérations pouvant être invoquées comme moyens de défense contre l'annulation (Recommandation 82) semblent indûment limitées, car elles n'incluent pas a) les opérations conclues en vertu d'un accord de restructuration volontaire ou d'une procédure de redressement accélérée; ni b) les opérations conclues dans le cadre d'une procédure de redressement (ou d'une procédure de redressement accélérée) qui n'est pas convertie en liquidation par la suite<sup>6</sup>. Ces opérations pourraient très utilement figurer parmi les moyens de défense invoqués contre l'annulation (ou un texte expliquant pourquoi il ne conviendrait pas de les inclure pourrait être inséré).

Enfin, nous supprimerions les crochets entourant la deuxième phase de la recommandation 81 et conserverions cette phrase.

## 10. Participants

Afin de ne pas laisser croire que tous les représentants de l'insolvabilité jouent un tel rôle, on pourrait modifier le texte entre crochets figurant dans la recommandation 95 c) comme suit: “lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à *cette fin*...” et supprimer lesdits crochets.

## 11. Le traitement des créances

Un principe essentiel de cette section, à savoir que les créances exclues de la procédure d'insolvabilité ne peuvent être légalement recouvrées (voir en particulier le paragraphe 571), n'est pas nécessairement vrai. En fait, dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, certaines créances qui ne peuvent être prouvées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (par exemple, des créances garanties ou des

---

<sup>6</sup> De son côté, le commentaire (par. 329) mentionne, comme moyens de défense contre l'annulation, les paiements effectués dans le cadre d'une procédure de redressement accélérée ou conformément à un accord volontaire de restructuration mais limite le recours à ces moyens aux cas où une procédure de liquidation est ouverte par la suite.

créances fiscales) peuvent être recouvrées en dehors de la procédure et parallèlement à celle-ci. De ce fait, le Guide pourrait très utilement distinguer entre i) l'extinction des créances qui sont exclues de la procédure d'insolvabilité; et ii) la préservation d'autres moyens de droit pour recouvrer les créances exclues de la procédure. Pour des motifs similaires, il faudrait explicitement indiquer dans la partie consacrée au défaut de déclaration des créances que cette dernière traite des conséquences de la non-déclaration des créances qui doivent être produites dans le cadre de la procédure d'insolvabilité et non des créances qui peuvent ou doivent être recouvrées en dehors de la procédure.

## **12. Priorités et répartition**

Nous sommes étonnés que le paragraphe 631 fasse référence à la "nécessité de donner effet à des obligations internationales" en tant que motif justifiant l'octroi d'un privilège aux dettes dues par des débiteurs personnes physiques ou personnes morales. Il serait très utile d'expliquer l'intention qui se cache derrière cette disposition, du fait en particulier que la référence en question peut être interprétée comme renvoyant aux obligations internationales des *débiteurs souverains* (ce qui pourrait laisser croire à tort que le Guide fournit également des orientations sur les questions d'insolvabilité des États).

## **13. Décharge**

La décharge des personnes morales dans le cadre de la procédure de redressement est traitée dans le commentaire mais non dans les recommandations. Cette question importante devrait être abordée dans les recommandations.