



Assemblée générale

Distr.: Limitée
21 mai 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité
Vingt-quatrième session
New York, 23 juillet-3 août 2001

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Rapport du Secrétaire général

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Remarques générales	1-3	3
Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité	4-200	3
Deuxième partie: Éléments essentiels d'un régime efficace de l'insolvabilité	4-200	3
I. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement	4-18	3
1. Remarques générales	4-9	3
2. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement	10-18	5
II. Engagement et ouverture de la procédure d'insolvabilité	19-54	7
A. Champ d'application	19-26	7
1. Remarques générales	19-24	7
2. Champ d'application – résumé	25-26	8
B. Critères d'engagement et d'ouverture d'une procédure	27-54	9
1. Remarques générales	27-50	9
2. Engagement et ouverture de la procédure – résumé	51-54	14
III. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	55-134	14

A.	Masse de l'insolvabilité	55-59	14
1.	Remarques générales	55-59	14
2.	Masse de l'insolvabilité – résumé	--	16
B.	Suspension des poursuites	60-87	16
1.	Remarques générales	60-78	16
2.	Suspension des poursuites – résumé	79-87	20
C.	Traitement des contrats	88-118	21
1.	Remarques générales	88-112	21
2.	Traitement des contrats – résumé	113-118	27
D.	Actions en annulation	119-134	28
1.	Remarques générales – annulation des opérations antérieures à la procédure d'insolvabilité	119-134	28
2.	Actions en annulation – Résumé	--	32
IV.	Administration de la procédure	135-189	32
A.	Droits et obligations du débiteur	135-142	32
1.	Remarques générales	135-142	32
2.	Droits et obligations du débiteur – résumé	--	34
B.	Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité	143-148	34
1.	Remarques générales	143-148	34
2.	Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité – résumé	--	36
C.	Créances des créanciers	149-155	36
1.	Remarques générales	149-155	36
2.	Droits du créancier (créances) – résumé	--	38
D.	Comité des créanciers	156-166	38
1.	Remarques générales	156-166	38
2.	Comités des créanciers – résumé	--	41
E.	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	167-168	41
1.	Remarques générales	167-168	41
2.	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure – résumé	--	42
F.	Plans de redressement	169-189	42
1.	Remarques générales	169-189	42
2.	Plans de redressement	--	47
V.	Liquidation et répartition	190-200	47
	Ordre à établir aux fins de la répartition	190-200	47
1.	Remarques générales	190-197	47
2.	Répartition – résumé	198-200	49

Remarques générales

1. La présente note contient la deuxième partie du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, qui porte sur les éléments essentiels d'un régime efficace d'insolvabilité. Chaque sujet est subdivisé en deux sections. La première fait un exposé analytique des problèmes que soulève chaque sujet essentiel et examine les questions de principe et différentes approches. La seconde résume les approches examinées dans la première, dont certaines sont reflétées dans les projets de dispositions figurant dans la troisième partie (voir document A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2).
2. Lorsque le sujet s'y prête, la liquidation et le redressement sont traités séparément, ce qui permet de distinguer les différentes questions afférentes à chaque procédure. Les paragraphes intitulés "Remarques générales" visent la procédure d'insolvabilité en général et sont une introduction aux paragraphes suivants.
3. La substance de la deuxième partie s'inspire largement des travaux du Fonds monétaire international, de la Banque asiatique de développement et de la Banque mondiale. Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier quelles autres approches et exemples pourraient être ajoutés au texte pour chaque sujet afin d'élargir l'analyse comparée de différents régimes d'insolvabilité. Il souhaitera peut-être aussi examiner l'opportunité de traiter dans le Guide d'autres sujets et questions, en plus de ceux déjà mentionnés. Les libellés entre crochets signalent d'autres aspects qu'il pourrait être souhaitable d'inclure dans le Guide (par exemple, pour le traitement des contrats en cours, il est fait référence à la compensation ainsi qu'aux contrats financiers et à la compensation globale qui ne sont pas encore traités). Dans tout le texte, certains problèmes et aspects spécifiques sont signalés à l'attention du Groupe de travail. Pour un certain nombre de sujets, le texte de la section B est complètement élaboré afin d'aider le Groupe de travail à déterminer quelles approches il pourrait recommander et la manière dont ces recommandations pourraient être traduites dans le Guide.

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Deuxième partie

Éléments essentiels d'un régime efficace de l'insolvabilité

I. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement

1. Remarques générales

4. Lorsqu'un débiteur ne peut faire face à ses dettes et engagements exigibles, il est nécessaire de prévoir un mécanisme juridique permettant de régler collectivement les créances en cours sur tous ses actifs corporels et incorporels. La plupart des systèmes juridiques prévoient différents types de procédures qui peuvent être engagées dans ce cas, et que l'on désigne par le terme générique de "procédures d'insolvabilité". On peut distinguer deux types de procédures d'insolvabilité, pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme.

5. Le type de procédure qualifié de “liquidation” prévoit la prise en charge des actifs du débiteur par une autorité publique (généralement, mais pas nécessairement, un tribunal agissant par l’intermédiaire d’une personne nommée à cette fin), en vue de réaliser sous une forme monétaire des actifs non monétaires pour en répartir ensuite le produit de manière proportionnelle entre les créanciers. Cette procédure aboutit généralement à la liquidation ou à la disparition du débiteur en tant qu’entité commerciale bien que, dans certains cas, les actifs puissent faire l’objet d’une cession globale à un repreneur.

6. La Banque asiatique de développement¹ note dans son rapport que la notion de liquidation, son acceptation et son application, ont un caractère quasi universel. La procédure se déroule normalement suivant le schéma suivant:

- a) saisine d’un tribunal ou d’un autre organe compétent soit par l’entreprise commerciale soit par les créanciers;
- b) décision de liquidation de l’entité;
- c) nomination d’une personne indépendante chargée de conduire et d’administrer la liquidation;
- d) cessation de l’activité de l’entité;
- e) dessaisissement des dirigeants et licenciement des salariés;
- f) vente des actifs de l’entité;
- g) décisions sur les créances;
- h) distribution des fonds disponibles aux créanciers (suivant un certain ordre de priorité); et
- i) dissolution de l’entité.

7. La désignation du second type de procédure est plus incertain; on parle souvent de “réorganisation”, “sauvetage”, “restructuration” ou “redressement”. Aux fins du présent document, et par souci de simplicité, c’est le terme “redressement” qui a été retenu pour désigner la procédure dont l’objectif ultime est de permettre au débiteur de surmonter ses difficultés financières et de reprendre ou de poursuivre ses activités commerciales normales. Ce résultat peut être obtenu par une réorganisation de l’entreprise ou par un rééchelonnement ou un réaménagement de la dette. Les modalités de redressement dépendront de la taille de l’entreprise et du degré de complexité de la situation. [*Note pour le Groupe de travail: il peut être souhaitable d’insérer une analyse comparée plus précise des différentes formes de procédure ci-dessus mentionnées.*]

8. La Banque asiatique de développement² souligne dans son rapport que, bien que la procédure de redressement ne soit pas aussi universelle que la procédure de liquidation et risque de ce fait de ne pas suivre un modèle commun, un certain nombre d’éléments clefs ou essentiels peuvent être dégagés:

- a) soumission volontaire de l’entité au processus, lequel peut comporter ou non une procédure judiciaire et un contrôle ou une surveillance judiciaire;

¹ Law and Policy Reform at the Asian Development Bank, Report on RETA 5795: Insolvency Law Reforms in the Asian and Pacific Region, avril 2000, p. 15.

² *Supra*, note 1, p. 16 et 17.

- b) interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites contre le patrimoine de l'entité, opposable à tous les créanciers pendant une période limitée;
- c) continuation de l'activité de l'entité, confiée par la direction en place, un administrateur indépendant ou les deux à la fois;
- d) élaboration d'un plan contenant des propositions quant au traitement des créanciers, des actionnaires ou associés et de l'entité elle-même;
- e) examen, mise aux voix et acceptation du plan par les créanciers;
- f) éventuellement, sanction judiciaire du plan accepté; et
- g) exécution du plan.

9. Une autre difficulté pourrait surgir du fait que la distinction entre les procédures traditionnelles de liquidation et de redressement n'est pas toujours très nette. On désigne parfois par "redressement" un mode particulier de sauvegarde, voire d'augmentation de la valeur de la masse dans le cadre d'une procédure de liquidation. C'est le cas par exemple lorsque la loi prévoit un mode de liquidation par voie de cession de l'entreprise à un repreneur. Bien qu'une telle procédure puisse évoquer l'idée de "sauvetage", couramment associée au redressement, il ne s'agit pas en l'occurrence d'un redressement. Dans ce cas, le terme "redressement" ne vise qu'un procédé autre que la liquidation traditionnelle (c'est-à-dire la vente pure et simple des actifs), destiné à tirer de la masse de l'insolvabilité la valeur la plus élevée possible³.

2. Relations entre les procédures de liquidation et les procédures de redressement

10. Dans certaines circonstances, le meilleur moyen de traiter les problèmes résultant de l'insolvabilité d'un débiteur est de liquider tous ses actifs et d'en répartir ensuite le produit entre les créanciers. Dans d'autres circonstances cependant, la liquidation n'est peut-être pas le meilleur moyen de maximiser la valeur des ressources de l'entreprise insolvable. En réalité, une liquidation pure et simple des actifs ne permet souvent aux créanciers de ne recouvrer qu'une fraction de la valeur nominale de leurs créances. Dans ce cas, le redressement de l'entreprise, en vue de préserver l'emploi et le fonds commercial, peut se révéler plus efficace pour maximiser la valeur des créances et permettre aux créanciers de bénéficier d'un traitement plus favorable, voire d'être intégralement désintéressés. Cela peut être particulièrement vrai lorsque, par exemple, la valeur de l'entreprise est fondée sur des actifs incorporels (comme des droits de propriété intellectuelle) plutôt que sur des actifs corporels.

11. Des raisons liées au contexte politique et social d'un système juridique expliquent parfois aussi la préférence donnée au redressement par rapport à la liquidation. La protection des salariés d'une entreprise en difficulté peut être

³ Dans son rapport (avril 2001), la Banque mondiale définit le redressement comme suit: Le processus de réorganisation (restructuration) des relations financières d'une entreprise en vue de rétablir sa santé et de la rendre financièrement viable. Ce processus peut comporter des mesures de réorganisation et de restructuration des relations commerciales et de marché par voie de remise de dette, rééchelonnement de dette, conversion de dette en capital et d'autres moyens. Il peut aussi supposer la cession de l'entreprise à un repreneur, auquel cas la vente pourra avoir lieu suivant une procédure équivalente à celle de ventes analogues dans le cadre d'une procédure de liquidation.

considérée comme un objectif essentiel. De plus, certains pays peuvent considérer qu'une procédure de redressement répond à l'intérêt général, non seulement en encourageant les débiteurs à y recourir avant que leurs difficultés financières ne deviennent trop graves, mais aussi en leur donnant une "seconde chance", ce qui en définitive favorise le développement économique et la croissance. En conséquence, de nombreux pays reconnaissent qu'un régime efficace de l'insolvabilité doit comporter à la fois des procédures de liquidation et de redressement.

12. Bien que la plupart des pays prévoient tant la liquidation que le redressement judiciaires, la structure du processus conduisant éventuellement à l'un de ces deux résultats peut être très différente. Certains pays prévoient une procédure d'insolvabilité souple et unitaire pouvant aboutir soit à la liquidation soit au redressement, selon les particularités d'espèce. D'autres prévoient deux procédures distinctes, comportant chacune ses conditions d'accès et d'ouverture, ainsi que différentes possibilités de conversion de l'une en l'autre.

13. Les législations qui traitent la liquidation et le redressement comme deux procédures distinctes se fondent sur diverses considérations de principe en matière sociale et commerciale et visent différents objectifs (voir première partie). Toutefois, un nombre important de questions étant communes à ces deux procédures, il y a entre elles de nombreux liens et chevauchements, aussi bien sous l'angle procédural qu'en ce qui concerne les questions de fond, comme le montrera la deuxième partie ci-après.

14. Lorsque deux procédures distinctes sont prévues, le choix de celle qu'il convient d'engager devrait, au moins en théorie, dépendre de la question de savoir si l'entreprise du débiteur insolvable est ou non viable. Mais dans la pratique, il est souvent impossible, à l'ouverture de l'une ou l'autre procédure, d'évaluer de manière définitive la viabilité financière de l'entreprise. Il est donc nécessaire que la loi établisse des liens entre les procédures pour permettre la conversion de l'une en l'autre. Il est en outre souhaitable d'instituer des dispositifs destinés à prévenir tout recours abusif à une procédure de redressement dans le but d'éviter ou de retarder la liquidation, par exemple [...].

15. Quand les deux procédures coexistent, la question des relations entre elles est traitée de manières très diverses. Dans certains pays, la partie qui demande l'ouverture de la procédure d'insolvabilité a le choix au départ entre la liquidation et le redressement. Lorsqu'une procédure de liquidation est engagée par un ou plusieurs créanciers, la loi permet fréquemment au débiteur d'en demander la conversion en redressement.

16. Lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure de redressement, de sa propre initiative ou par suite de l'assignation en liquidation d'un créancier, il devrait, logiquement, être statué d'abord sur la demande de redressement. Pour protéger les créanciers, certaines législations relatives à l'insolvabilité prévoient toutefois la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation dès lors qu'il est constaté que le redressement a peu de chances d'aboutir. Un autre mécanisme de protection des créanciers pourrait être de fixer la durée maximale d'une procédure de redressement lorsqu'elle est accordée contre le gré des créanciers.

17. En règle générale, bien qu'elles soient couramment présentées comme distinctes, les procédures de liquidation et de redressement sont normalement utilisées l'une à la suite de l'autre. En d'autres termes, une procédure de liquidation ne sera engagée que si le redressement a peu de chances d'aboutir ou si les efforts

de redressement ont échoué. Certains régimes d'insolvabilité reposent sur le postulat général qu'une entreprise doit être redressée et que la procédure de liquidation ne peut être ouverte qu'en cas d'échec de toutes les tentatives de redressement. Dans les régimes d'insolvabilité qui prévoient la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation, une demande à cette fin peut être présentée par le débiteur, par les créanciers ou par le représentant de l'insolvabilité, suivant les conditions fixées par la loi. Il peut s'agir notamment de l'impossibilité pour le débiteur d'acquitter à l'échéance les dettes nées après l'engagement de la procédure, du rejet du plan de redressement, d'un manquement aux obligations résultant d'un plan approuvé, ou d'une tentative du débiteur de frauder ses créanciers. S'il est souvent possible de convertir un redressement judiciaire en liquidation judiciaire, la plupart des régimes d'insolvabilité ne permettent pas de reconverter ensuite celle-ci en redressement.

18. Étant donné la difficulté de décider d'emblée si le débiteur devrait faire l'objet d'une procédure de liquidation plutôt que de redressement, certains pays ont été conduits à revoir leur législation relative à l'insolvabilité et à remplacer les procédures distinctes par une procédure "unitaire". Selon cette conception, c'est la même procédure qui s'applique à chaque cas d'insolvabilité; en conséquence, pendant une période initiale (généralement appelée "période d'observation" qui, dans les législations en vigueur, peut durer jusqu'à trois mois), il n'existe aucune présomption quant à la décision qui sera prise en définitive – redresser l'entreprise ou la liquider. Le choix entre ces deux éventualités n'intervient qu'une fois qu'il a été décidé si le redressement est possible ou non. L'avantage fondamental de cette solution tient à sa simplicité sur le plan procédural. Une procédure unitaire simple, permettant d'envisager une réorganisation et un redressement, pourrait également avoir pour effet d'encourager les débiteurs à y recourir dès qu'ils connaissent des difficultés financières, augmentant ainsi les chances de succès d'un redressement.

II. Engagement et ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Champ d'application

1. Remarques générales

19. Il importe de déterminer d'emblée la qualité des débiteurs qui peuvent être soumis à la loi générale sur l'insolvabilité. Ceux qui en seront exclus ne bénéficieront pas de sa protection et ne seront pas non plus soumis à la discipline qu'elle impose. Les critères d'admissibilité indiqueront les personnes morales et les personnes physiques pouvant faire l'objet d'une procédure de liquidation ou de redressement ainsi que toute entreprise devant être exclue du champ d'application.

20. Un régime général d'insolvabilité peut s'appliquer à toutes les formes d'entreprises, de droit privé et de droit public, exerçant des activités commerciales, en particulier aux entreprises publiques opérant sur le marché en tant que personnes morales de droit commercial distinctes et soumises par ailleurs aux mêmes règles commerciales et économiques que les acteurs privés. Il peut y avoir une exception quand l'État a adopté, par exemple, une politique visant à exclure leur responsabilité ou à garantir explicitement leurs engagements. Le fait qu'une entreprise appartienne à l'État ne saurait en soi être un motif suffisant pour justifier son exclusion de l'application de la loi générale sur l'insolvabilité.

21. Bien qu'il puisse être souhaitable d'étendre la protection et la discipline d'un régime d'insolvabilité au plus grand nombre possible d'entités, un traitement distinct peut être accordé à certaines d'entre elles, pour diverses raisons, notamment pour des considérations d'intérêt général se rattachant, par exemple, à la protection des consommateurs ou des préoccupations liées au caractère spécialisé de ces entités et à la réglementation souvent détaillée à laquelle elles sont soumises. Il peut s'agir de banques et de compagnies d'assurance, d'entreprises de services publics, ou encore de sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en produits de base.

22. *Centre des intérêts principaux*: Le débiteur doit non seulement entrer dans la catégorie des entreprises admissibles, mais aussi avoir un lien suffisant avec l'État hôte pour être soumis à sa législation sur l'insolvabilité. Bien que certaines lois appliquent des critères tels que l'établissement principal, la CNUDCI a adopté, dans la Loi type sur l'insolvabilité internationale, la notion de "centre des intérêts principaux" du débiteur, terme également retenu dans son projet de convention sur la cession des créances ainsi que dans le règlement n° 1346/2000 du Conseil de la CE du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après "le règlement de la CE"). La Loi type ne définit pas ce terme; le règlement du Conseil (13^e considérant) indique qu'il devrait correspondre au "lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". En vertu du paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, sauf preuve contraire, le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux.

23. *Établissement*: Certaines lois disposent qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. Le terme "établissement" est défini à l'article 2 de la Loi type sur l'insolvabilité internationale comme désignant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services". Le règlement du Conseil contient une définition similaire, qui ne fait toutefois pas référence aux "services". La définition est importante dans la structure de la Loi type car elle détermine les procédures susceptibles d'être reconnues uniquement en tant que procédures non principales; une procédure principale suppose l'existence d'un centre des intérêts principaux. De même, le règlement de la CE dispose qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement, mais que l'application de cette procédure sera limitée aux actifs du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État.

24. *Présence d'actifs*: Certaines lois prévoient la possibilité d'ouvrir une procédure d'insolvabilité contre un débiteur qui possède ou a possédé des actifs sur le territoire de l'État sans exiger qu'il y ait un établissement ou le centre de ses intérêts principaux. La présence d'actifs pose des problèmes de multiplicité de juridiction, dont l'ouverture de plusieurs procédures et des questions de coordination et de coopération, lesquels pourraient faire entrer en jeu la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. De ce fait, lorsque la présence d'actifs est un des critères retenus, il pourrait être indiqué de faire jouer la protection qu'offre la Loi type en matière de coordination et de coopération.

2. Champ d'application – résumé

25. Une loi sur l'insolvabilité devrait s'appliquer à tous les débiteurs exerçant une activité commerciale, y compris aux entreprises publiques, à quelques exceptions

près, concernant par exemple des entités strictement réglementées, telles que les banques et les compagnies d'assurance.

26. Une procédure d'insolvabilité peut être ouverte contre un débiteur si le centre des intérêts principaux de ce dernier est situé dans l'État adoptant. En l'absence de preuve contraire, le centre des intérêts principaux, pour une personne morale, serait présumé être situé dans l'État adoptant si elle y a son siège statutaire et, pour une personne physique, si elle y a sa résidence habituelle.

B. Critères d'engagement et d'ouverture d'une procédure

1. Remarques générales

27. Des critères d'engagement et d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont indispensables pour déterminer quelles entités seront soumises aux mécanismes de protection et de discipline de la procédure et par qui. La présente section traite des critères auxquels il faut satisfaire avant qu'une procédure puisse être engagée et ouverte et, dans le cas d'une procédure involontaire (voir ci-après sous "liquidation"), indique quelle partie peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le débiteur.

28. En principe et sous réserve de mesures appropriées visant à prévenir tout abus de procédure, il est souhaitable que l'accès à la procédure d'insolvabilité soit commode, peu coûteux et rapide, de manière à inciter des entreprises en situation financière difficile ou insolvable à s'y soumettre volontairement. Un accès restrictif peut décourager aussi bien les débiteurs que les créanciers, tandis qu'un retard peut permettre une dispersion des actifs et compromettre la possibilité de redressement.

29. Les critères d'ouverture de la procédure sont un élément central dans l'élaboration d'une législation sur l'insolvabilité. Ils déterminent les conditions à remplir pour engager une procédure, les modalités d'ouverture de cette procédure, le délai entre l'engagement de la procédure et son ouverture, ainsi que ce qui doit se passer pendant cette période.

a) Liquidation

30. Les lois sur l'insolvabilité prévoient généralement qu'une procédure de liquidation peut être engagée par un ou plusieurs créanciers (procédure souvent dite "involontaire") ou par le débiteur (procédure souvent dite "volontaire") ou encore de plein droit lorsque l'inexécution par le débiteur d'une obligation légale déclenche automatiquement une telle procédure (souvent aussi dite "involontaire").

31. Les conditions spécifiques à remplir avant qu'une procédure d'insolvabilité puisse être ouverte varient selon les pays. Un certain nombre de lois prévoient plusieurs critères différents et font également une distinction entre les critères d'ouverture applicables à la liquidation et ceux applicables au redressement.

32. Un critère largement retenu est le critère de liquidité ou de trésorerie, qui suppose une cessation générale des paiements des dettes à l'échéance. Toutefois, la manière dont il est appliqué est variable. Dans certains pays, il peut être le point de départ d'une procédure de liquidation ou d'une procédure de redressement et, lorsque la première est choisie, elle peut ultérieurement être convertie en procédure de redressement. Dans d'autres, il peut déclencher uniquement une procédure de redressement qui ne peut être convertie en procédure de liquidation que si

l'impossibilité de redresser l'entreprise est établie. Une troisième approche consiste à utiliser ce critère pour ouvrir une procédure unitaire, le choix entre liquidation et redressement n'étant fait qu'ultérieurement (voir section I ci-dessus).

33. Le critère de cessation générale des paiements vise à déclencher la procédure à un stade suffisamment précoce des difficultés financières du débiteur pour éviter une course aux actifs entre les créanciers, qui provoquerait le démembrement des biens du débiteur au détriment de l'ensemble des créanciers. Une autre solution serait d'adopter la méthode du bilan, dans laquelle une insuffisance d'actifs est le signe de difficultés financières plus graves, mais elle conduit souvent à ouvrir une procédure une fois qu'il n'est plus possible de redresser l'entreprise. En outre, elle comporte des inconvénients en matière de preuve et risque de compromettre l'objectif de maximisation de la valeur des actifs. Elle peut également donner une mesure inexacte de l'insolvabilité lorsque les normes comptables et les techniques d'évaluation aboutissent à des résultats faussés qui ne reflètent pas la juste valeur marchande ou lorsque les marchés ne sont pas suffisamment développés ou stables pour établir cette valeur. Elle exigerait généralement qu'un expert examine les livres, pièces comptables et données financières pour déterminer la juste valeur marchande de l'entreprise, ce qui est particulièrement difficile lorsque la comptabilité n'est pas dûment tenue ou facilement accessible. En outre, cela ne reflète pas nécessairement l'aptitude du débiteur à désintéresser collectivement ses créanciers lorsqu'il poursuit son activité. La méthode du bilan peut aider à définir l'insolvabilité, mais n'est peut-être pas suffisamment fiable pour la définir à elle seule.

34. Les problèmes liés au critère de cessation générale des paiements, tels que l'ouverture d'une procédure de liquidation d'une entreprise en difficulté mais financièrement viable, peuvent être réglés par des dispositions prévoyant le rejet de cette procédure ou sa conversion en une autre procédure (par exemple, en une procédure de redressement – voir section I) à la demande du débiteur ou d'un créancier ou encore du représentant de l'insolvabilité. D'autres problèmes peuvent se poser, comme celui de l'abus de procédure, par exemple lorsqu'un débiteur utilise l'insolvabilité pour se protéger contre un créancier unique, lorsqu'une procédure d'insolvabilité est demandée en lieu et place d'une procédure de recouvrement de créances (ce type de procédure n'étant peut-être pas très développé) ou encore lorsque les créanciers utilisent la procédure d'insolvabilité pour tenter d'exclure des entreprises viables du marché ou pour obtenir des paiements préférentiels.

i) Engagement de la procédure par le débiteur

35. Si, techniquement, le critère de "cessation générale des paiements" peut s'appliquer à la demande de procédure formée par le débiteur aussi bien que par un créancier, dans la pratique, un débiteur ne présentera une telle demande qu'en dernier ressort, quand il ne sera plus à même de payer ses dettes. Ainsi, bien que la législation de la plupart des pays puisse, en théorie, appliquer le même critère aux procédures engagées par le débiteur et celles engagées par le créancier, dans la pratique, le respect de ce critère ne sera pas passé au crible quand la demande émane du débiteur. Dans certaines législations, les débiteurs peuvent présenter une demande sans satisfaire à aucun critère particulier de difficulté financière. De ce fait, il peut être souhaitable pour un débiteur de pouvoir présenter une demande dans le cadre du régime d'insolvabilité sur simple déclaration de sa situation financière. Dans le cas d'une personne morale, cette déclaration devra être faite par les administrateurs ou d'autres membres d'un organe directeur.

36. On peut penser que l'application d'un tel critère pourrait inciter un débiteur à abuser de la procédure pour temporiser et priver les créanciers du paiement rapide de l'intégralité des dettes. Une parade pourrait alors consister à prévoir dans la loi la possibilité pour le tribunal saisi de déclarer que le débiteur n'est plus soumis à la loi sur l'insolvabilité. [*Note au Groupe de travail: existe-t-il d'autres solutions?*] Dans certains pays, la demande est rejetée s'il a été établi que le débiteur cherchait à abuser du système en l'utilisant pour se soustraire à d'autres lois et obligations légitimes.

37. Une question liée à la procédure d'insolvabilité dont l'ouverture est demandée par le débiteur concerne l'obligation qui peut être faite à ce dernier de demander cette ouverture à un stade déterminé de ses difficultés financières. L'obligation d'agir rapidement peut présenter des avantages – dans le cas d'un redressement, les chances de réussite sont plus grandes, et dans le cas d'une liquidation, les intérêts des créanciers seraient protégés, car une telle action empêcherait la dispersion des actifs du débiteur. Les dispositions établissant une telle obligation peuvent toutefois décourager la direction de négocier un accord de redressement extrajudiciaire (qui peut dans certains cas constituer la solution la plus appropriée) par crainte de voir leur responsabilité personnelle engagée en cas de retard dans l'ouverture de la procédure formelle. Il est peut-être préférable d'encourager les débiteurs à demander rapidement l'ouverture d'une procédure par des mesures incitatives (telles que la protection contre des actions en recouvrement) que de les y contraindre par des sanctions.

ii) *Engagement de la procédure par les créanciers*

38. Lorsque la demande émane des créanciers, ces derniers sont sans doute en mesure de montrer que le débiteur n'a pas payé une ou plusieurs de leurs créances, mais il ne leur est peut-être pas aussi facile d'apporter la preuve d'une cessation générale des paiements. Pratiquement, il faut qu'ils soient en mesure d'apporter une preuve, sous une forme relativement simple, établissant une présomption d'insolvabilité du débiteur, mais il ne faut pas leur imposer une charge de la preuve déraisonnablement lourde.

39. Les législations sur l'insolvabilité traitent diversement la question de la demande d'ouverture d'une procédure par les créanciers. Elles exigent par exemple que la demande soit présentée par plusieurs créanciers (pour réduire au minimum le risque d'abus de procédure de la part d'un créancier unique qui chercherait à utiliser la procédure d'insolvabilité en guise de mécanisme de recouvrement de dettes), que les créanciers représentent un certain montant de créances venues à échéance (ou à la fois un nombre et un montant déterminés) ou que le débiteur fournisse au tribunal des informations permettant d'établir l'état de cessation générale des paiements (voir sect. IV.1). Le fait de spécifier un montant particulier de créances n'est peut-être pas une technique de rédaction optimale, en raison des variations de valeur des monnaies, pouvant nécessiter une modification de la loi. Un critère raisonnablement commode et objectif est peut-être le défaut de paiement par un débiteur d'une créance venue à échéance dans un délai spécifié après présentation d'une demande écrite de paiement.

iii) *Engagement de la procédure par les pouvoirs publics*

40. Outre les points a) et b) ci-dessus, une loi sur l'insolvabilité peut donner à un organisme public (normalement le ministère public ou l'équivalent) le pouvoir non exclusif d'engager une procédure de liquidation contre toute entreprise qui cesse ses

paiements ou, d'une façon plus générale dans certains pays s'il est considéré que cette procédure est dans l'intérêt général. Dans ce dernier cas, la preuve de la pénurie de liquidités peut ne pas être nécessaire, ce qui permet à l'État de mettre fin aux opérations d'entreprises par ailleurs saines qui se sont livrées à certaines activités, par exemple de nature frauduleuse ou criminelle. Si l'exercice d'un tel pouvoir de police peut se justifier dans certaines circonstances, il est certainement souhaitable d'éviter tout abus et de veiller à ce qu'il soit exercé conformément à des directives claires.

b) Redressement

41. Si, dans l'ensemble, les lois sur l'insolvabilité prévoient qu'une procédure de liquidation peut être engagée par un créancier ou par un débiteur, il n'y a pas de consensus en ce qui concerne la demande d'ouverture d'une procédure de redressement par un créancier. Une telle procédure ayant notamment pour objectif de donner aux créanciers la possibilité d'accroître la valeur de leurs créances grâce au redressement de l'entreprise, il peut être souhaitable de ne pas donner au seul débiteur le pouvoir de l'engager. La possibilité pour les créanciers de prendre l'initiative est également étroitement liée à la question de savoir s'ils peuvent proposer un plan de redressement (voir section IV.6). Un certain nombre de pays considèrent que, les créanciers étant souvent les premiers bénéficiaires d'un redressement mené avec succès, ils devraient avoir la possibilité de proposer un tel plan. Si l'on suit cette approche, il semble raisonnable de prévoir que les créanciers puissent engager eux aussi une procédure de redressement.

i) Engagement de la procédure par le débiteur

42. Dans la logique qui consiste à inciter les débiteurs à s'attaquer rapidement à leurs difficultés financières, il faudrait peut-être établir un critère d'ouverture qui ne les oblige pas à attendre d'être en cessation générale des paiements (en d'autres termes qu'il n'ait plus de liquidités) pour présenter une demande. Un certain nombre de pays reconnaissent, quoique de façons différentes, le bien-fondé de cette approche reposant sur la pénurie prévisible de liquidités. Certaines législations ne subordonnent pas l'ouverture de la procédure à un critère de fond: le débiteur peut présenter une demande quand il le souhaite. D'autres précisent qu'il peut le faire s'il estime qu'il ne sera pas en mesure, dans l'avenir, de payer ses dettes à l'échéance. Même parmi les pays qui ont adopté une procédure unitaire, ce critère de la pénurie prévisible de liquidités a été retenu pour les demandes présentées par des débiteurs.

43. Un tel assouplissement des critères d'ouverture pourrait inciter les débiteurs à abuser de la procédure. Par exemple, un débiteur qui n'est pas en difficulté financière pourrait essayer d'engager une procédure et présenter un plan de redressement lui permettant de s'affranchir de lourdes obligations, telles que celles découlant des contrats de travail. Le risque de tels abus dépend de la manière dont sont conçus les éléments de la procédure de redressement, comme le degré de contrôle que la loi autorise au débiteur de conserver sur son entreprise une fois la procédure ouverte. Un moyen de faire face à une demande d'un débiteur qui constitue un abus de procédure serait peut-être d'autoriser le tribunal saisi à rejeter cette demande à la requête d'une partie intéressée, à condition que ce rejet serve les intérêts des créanciers.

ii) *Engagement de la procédure par les créanciers*

44. L'application de ce même critère moins rigoureux à l'engagement d'une procédure de redressement par les créanciers peut être plus difficile à justifier. Si la loi autorise un débiteur à engager une procédure parce qu'il prévoit une pénurie de liquidités, il serait difficile d'envisager comment les créanciers auraient les renseignements nécessaires pour établir si cette condition est remplie. En général, il semblerait déraisonnable d'engager une forme quelconque de procédure d'insolvabilité contre la volonté du débiteur, à moins que les créanciers puissent démontrer que leurs droits ont été lésés.

45. Pour les raisons susmentionnées, il serait peut-être indiqué d'appliquer le même critère à l'engagement d'une procédure de liquidation et d'une procédure de redressement par les créanciers (à savoir la cessation générale des paiements, voir 1 b) ci-dessus). Ce critère semblerait convenir aussi bien dans les cas de dualité des procédures que de procédure unitaire (voir ci-dessus à la section I), car l'application d'un critère différent ne dépend pas tant du type de procédure engagée que de l'auteur de la demande (débiteur ou créancier). Il y aurait exception lorsqu'un débiteur ou un créancier ne serait autorisé à engager une procédure de liquidation qu'une fois établie l'impossibilité du redressement. Dans ce cas, le critère d'ouverture de la procédure de liquidation ne serait pas la cessation générale des paiements, mais la constatation qu'un redressement ne peut être mené à bien.

46. Comme dans le cas de la liquidation, on pourrait, parmi les critères applicables aux demandes de procédure de redressement formées par les créanciers, exiger que ces demandes soient introduites par un certain nombre de créanciers ou par des créanciers détenant un certain montant de créances exigibles, ou bien les deux.

c) **Questions de procédure**

47. Un certain nombre de questions de procédure se posent, la première ayant trait aux modalités d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans de nombreux pays, c'est normalement à un tribunal compétent qu'il appartient de déterminer, au vu de la demande d'ouverture de la procédure, si les conditions requises ont été remplies. Certaines lois adoptent des approches différentes, consistant par exemple à autoriser l'engagement d'une procédure de redressement volontaire par voie de dépôt d'une déclaration auprès d'une autorité administrative. [*Note au groupe de travail: y a-t-il d'autres exemples?*]

48. Lorsqu'un tribunal doit se prononcer sur l'ouverture d'une procédure, il peut être nécessaire, pour des raisons pratiques, de faire en sorte que la procédure se poursuive sans tarder. Une façon d'y parvenir serait de prévoir un délai, à compter du dépôt d'une demande, dans lequel le tribunal doit rendre sa décision.

49. Dans le cas d'une demande émanant d'un débiteur, les créanciers ou d'autres personnes concernées ont un intérêt direct à recevoir notification de cette demande ainsi que la possibilité de contester les présomptions d'admissibilité et d'insolvabilité, éventuellement dans un délai déterminé pour éviter que la procédure ne se prolonge inutilement. S'il est possible d'aviser directement les créanciers connus, la nécessité d'informer des créanciers non connus a conduit les législateurs à inclure une disposition exigeant que la demande soit portée à leur connaissance dans une publication officielle de l'État ou dans un journal national à caractère commercial ou à grand tirage. Dans le cas d'une procédure engagée par les créanciers, il peut être nécessaire d'aviser le débiteur et de lui donner la possibilité

de contester les présomptions selon lesquelles les créances atteignent un certain montant, sont venues à échéance et n'ont pas été payées. Les dispositions faisant obligation au débiteur de fournir les informations nécessaires et permettant aux créanciers d'obtenir ces informations sont examinées à la section IV.1.

d) Coûts

50. Les demandes de procédure formées tant par les débiteurs que par les créanciers peuvent donner lieu au paiement de droits qui peuvent contribuer à couvrir les dépenses de fonctionnement du système d'insolvabilité. Le montant à payer doit être déterminé de manière à la fois à ne pas décourager les débiteurs de présenter des demandes et à pouvoir financer en grande partie le coût de la procédure. *[Note au Groupe de travail: dans quelle mesure est-il souhaitable d'aborder des questions de coût dans le Guide?]*

2. Engagement et ouverture de la procédure – résumé

51. Une demande de liquidation peut être présentée par:

- a. un débiteur, en raison d'une cessation générale des paiements [incapacité de payer ses dettes à leur échéance];
- b. un ou plusieurs créanciers, parce qu'un nombre déterminé d'entre eux sont en mesure de démontrer qu'ils détiennent des créances venues à échéance et non payées par le débiteur.
- c. par un organisme [public] [prescrit].

52. Une demande de redressement peut être présentée par:

- a. un débiteur, en raison de son incapacité effective ou future de payer ses dettes à leur échéance;
- b. un ou plusieurs de ses créanciers parce qu'un nombre déterminé d'entre eux sont en mesure de démontrer qu'ils détiennent des créances venues à échéance et non payées par le débiteur.

53. La demande d'ouverture de la procédure devrait être présentée au tribunal, qui devrait se prononcer dans un délai déterminé.

54. La demande devrait être notifiée au débiteur (lorsqu'elle est présentée par les créanciers) et aux créanciers (lorsqu'elle est présentée par le débiteur).

III. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

A. Masse de l'insolvabilité

1. Remarques générales

55. Une étape essentielle de la procédure d'insolvabilité, qu'il s'agisse de liquidation ou de redressement, est l'identification, le recouvrement, la protection et la disposition des actifs qui composent la masse devant être administrée. Dans tous les systèmes, on retrouve sous une forme ou sous une autre le concept de masse de l'insolvabilité – à savoir les actifs qui seront soumis à la procédure d'insolvabilité.

Certaines législations excluent totalement de l'administration de la procédure d'insolvabilité des catégories de biens ou des biens soumis à certains droits. S'agissant de biens grevés d'une sûreté en faveur d'un créancier, certaines législations sur l'insolvabilité prévoient qu'ils sont soumis à la procédure (et, partant, à l'application d'une suspension et aux autres effets découlant de l'ouverture de la procédure), tandis que d'autres prévoient que l'insolvabilité est sans effet sur eux et que les créanciers peuvent faire exécuter leurs droits légaux et contractuels (voir section III.2 Suspension des poursuites). D'autres législations encore exigent que la totalité des biens soit soumise à la procédure dans un premier temps, sous réserve de prouver l'existence d'un préjudice. La question de savoir quels biens sont ou ne sont pas soumis à la procédure (et, en conséquence, entrent ou non dans ce qu'on appelle la "masse") aura une incidence sur la portée et la conduite de la procédure et, en particulier dans le cas d'un redressement, une influence considérable sur ses chances de réussite.

a) Biens à inclure dans la masse

56. Les actifs de la masse devraient en principe comprendre les biens du débiteur à la date où s'ouvre la procédure d'insolvabilité ainsi que les actifs acquis par le représentant de l'insolvabilité après cette date, que ce soit dans l'exercice de pouvoirs d'annulation (voir section III.4 Actions en annulation) ou dans le cours normal de la gestion des activités du débiteur. Dans le cas d'une personne physique, certains biens peuvent être exclus de la masse, par exemple, les revenus acquis après le dépôt de la demande en échange de la fourniture de services personnels, les biens nécessaires à la subsistance du débiteur, ainsi que les biens personnels et domestiques.

57. Les biens du débiteur devraient comprendre en principe tous les actifs sur lesquels celui-ci a un droit, qu'ils soient ou non en sa possession à la date de l'ouverture de la procédure, à savoir tous les actifs corporels et incorporels. Les actifs corporels devraient être facilement retrouvés dans le bilan du débiteur (par exemple, encaisse, équipements, stocks et immeubles). Les biens devant entrer dans la catégorie des actifs incorporels [sur lesquels le débiteur a un droit] varient d'un État à l'autre selon la législation. Dans le cas des personnes physiques, la masse pourrait également comprendre des actifs tels que les droits sur une succession auxquels le débiteur peut prétendre ou auxquels il a droit à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou encore qui naissent pendant cette procédure.

b) Biens appartenant à des tiers

58. Des difficultés peuvent se poser lorsqu'il s'agit de déterminer si un actif appartient à l'entreprise ou à un tiers mais est en possession du débiteur dans le cadre d'accords d'utilisation, de location ou de licence. Les actifs appartenant à un tiers, mais en possession du débiteur au moment de l'ouverture de la procédure, sont généralement exclus de la masse. Les actifs utilisés par le débiteur tout en étant soumis à un accord de location dans lequel le bailleur conserve la propriété méritent peut-être une attention particulière. Dans les pays où le financement avec réserve de propriété (le financier est propriétaire de l'actif, à la différence d'une hypothèque ou d'une sûreté) est très important, il peut être nécessaire de respecter le titre de propriété du créancier et d'autoriser que l'actif soit séparé de la masse (sous réserve des règles énoncées à la section III.3 Traitement des contrats: le droit de distraction

pourrait être restreint si le représentant de l'insolvabilité ratifie le contrat de location). D'autres pays préfèrent parfois examiner de près ces accords de financement pour déterminer si la location ne dissimule pas en réalité un accord de prêt garanti, auquel cas le bailleur serait soumis aux mêmes restrictions que le prêteur garanti.

c) Récupération des biens

59. L'identification des actifs qui seront soumis à la procédure exige parfois que le représentant de l'insolvabilité engage une action pour récupérer des biens de la masse qui ont été indûment transférés ou ont été transférés au moment de l'insolvabilité, ce qui a entraîné une violation du principe *pari passu* (selon lequel les créanciers de même catégorie sont traités sur un pied d'égalité et sont payés proportionnellement sur les actifs de la masse). La plupart des systèmes juridiques prévoient un moyen d'annuler des opérations antérieures et de recouvrer la valeur des actifs correspondants lorsque ces opérations se traduisent par le traitement préférentiel de certains créanciers ou avaient un caractère frauduleux ou avaient été accomplies en vue de léser les droits des créanciers (voir section III.4 Actions en annulation).

2. Masse de l'insolvabilité – résumé

[...]

B. Suspension des poursuites

1. Remarques générales

60. L'application d'une suspension aux actions et poursuites engagées par les créanciers contre les biens du débiteur se justifie par le caractère collectif de la procédure d'insolvabilité. En empêchant les créanciers de démembrer l'entreprise commerciale du débiteur pour essayer de faire valoir leurs droits spécifiques, une suspension peut garantir une administration équitable et ordonnée de la procédure d'insolvabilité. L'un des principaux problèmes, dans la conception d'un régime d'insolvabilité efficace, consiste à concilier les avantages immédiats que le débiteur tire d'une suspension globale visant à limiter les actions des créanciers et les avantages à plus long terme qu'entraîne le fait de limiter l'incidence d'une telle suspension sur les relations contractuelles avec les créanciers.

61. L'étendue des droits qui sont touchés par cette suspension varie considérablement selon les pays. La nécessité de suspendre les actions engagées par les créanciers chirographaires contre le débiteur ou ses actifs n'est guère contestée. L'application de la suspension aux créanciers garantis, en revanche, peut être plus délicate et exige de concilier des intérêts concurrents, par exemple, maintenir des contrats; veiller à ce que les créanciers soient payés au prorata de leurs créances sur les actifs de la masse; maximiser la valeur des actifs pour tous les créanciers; et, le cas échéant, redresser avec succès une entreprise viable.

a) Application de la suspension

62. Il faut se demander pour commencer si la suspension s'applique automatiquement ou à la discrétion du tribunal. Si des considérations de politique

locale et des facteurs tels que l'existence d'informations financières fiables ou la possibilité pour le débiteur et les créanciers d'accéder à un organe judiciaire indépendant ayant l'expérience des procédures d'insolvabilité peuvent faire pencher dans un sens ou dans l'autre, la suspension automatique est une caractéristique de nombreux régimes modernes d'insolvabilité.

i) *Liquidation*

63. Dans une procédure de liquidation, une suspension des poursuites permet aux créanciers du même rang de participer à une réalisation et une répartition à la fois équitables et ordonnées des actifs du débiteur au bénéfice de tous les créanciers. L'accent est mis sur la vente, totale ou partielle, des actifs, de manière que les créanciers puissent être remboursés sur le produit de cette vente le plus rapidement possible. La maximisation de la valeur des actifs est l'objectif prioritaire.

64. Nonobstant cet objectif, il faut trouver un compromis entre les intérêts des créanciers garantis et ceux des créanciers chirographaires. Lorsqu'il n'y a aucun avantage à préserver la totalité de l'entreprise en vue d'une cession éventuelle comme entreprise viable, il faudrait sans doute donner la préférence, dans le cadre de la liquidation, à la protection des droits contractuels des créanciers garantis. En même temps, il faudrait peut-être mettre en balance ces droits garantis et l'éventualité de vendre les actifs de l'entreprise collectivement – et non séparément – pour en maximiser la valeur. C'est le cas en particulier lorsque la valeur globale des actifs est supérieure à la valeur de liquidation et que l'ensemble des créanciers en tireraient un plus grand avantage. Le plus souvent, les créanciers garantis détiendront une sûreté sur les actifs les plus importants de l'entreprise.

65. Certains pays adoptent le principe selon lequel la suspension, pour être efficace, doit être très large, s'appliquer à tous les recours et à toutes les procédures – qu'ils soient administratifs, judiciaires ou extrajudiciaires – contre le débiteur et ses actifs, et empêcher les créanciers chirographaires comme les créanciers garantis d'exercer des droits d'exécution et les pouvoirs publics d'exercer des droits de priorité. La suspension s'applique généralement aux procédures judiciaires engagées contre le débiteur, sous réserve qu'elles puissent être poursuivies si nécessaire. Dans certains pays, elle ne touche pas les actions intentées par les salariés contre le débiteur mais s'applique à toute mesure d'exécution découlant de ces actions.

66. Il faut indiquer clairement les catégories de créanciers devant être soumises à la suspension. Par exemple, si une catégorie quelconque de créanciers, tels que les créanciers privilégiés (y compris les salariés), les titulaires de privilèges par effet de la loi, les organismes publics créanciers ainsi que leurs représentants et employés respectifs doivent être exclus du champ d'application de la suspension, il est souhaitable de l'indiquer clairement. Il peut y avoir lieu aussi d'examiner la nécessité d'autres exemptions, notamment pour les droits à compensation et la compensation globale des contrats financiers, les actifs qui ne sont généralement pas nécessaires pour céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable – par exemple les garanties en espèces – ou encore les exemptions visant à protéger l'intérêt général ou à prévenir les abus, tels que le recours à une procédure d'insolvabilité pour masquer des activités illicites.

67. On peut remédier à tout impact négatif de la suspension sur les droits des créanciers garantis, notamment en limitant la durée de la suspension, en préservant la valeur de la sûreté et en permettant aux créanciers garantis de faire lever la suspension lorsque les sûretés ne sont pas suffisamment protégées ou lorsque la sûreté n'est pas nécessaire pour la vente de la totalité de l'entreprise ou d'une partie de ses unités de production.

ii) *Redressement*

68. Dans une procédure de redressement, la suspension des poursuites donne au débiteur un répit pour réorganiser ses activités, établir un plan de redressement et prendre d'autres mesures nécessaires pour en assurer le succès. De ce fait, elle a un impact plus grand et, par conséquent, plus important que dans la liquidation et peut inciter fortement les débiteurs à engager une procédure de redressement. Un certain nombre des considérations examinées ci-dessus à propos de l'application d'une suspension dans une procédure de liquidation valent également pour la procédure de redressement, par exemple la date à laquelle elle s'applique, la question de savoir si elle s'applique automatiquement ou à la discrétion du tribunal et sa portée.

69. Afin de préserver les actifs pouvant servir à redresser l'entreprise, il faudrait imposer une suspension à tous les créanciers dès l'ouverture formelle de la procédure de redressement. À la différence de la procédure de liquidation, certaines législations sur l'insolvabilité n'appliquent pas la suspension aux procédures judiciaires.

b) **Mesures provisoires ou conservatoires/date à laquelle la suspension est applicable**

70. Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, la question se pose de savoir à quelle date la suspension prendra effet. Dans de nombreux pays, un certain temps peut s'écouler entre la date de dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, pendant lequel les actifs du débiteur risquent d'être dispersés; le débiteur peut transférer des actifs hors de l'entreprise, ou les créanciers peuvent tenter une action pour devancer l'effet d'une suspension pouvant être imposée ultérieurement. Une solution consisterait à appliquer la suspension dès la présentation d'une demande par un débiteur et, dans le cas d'une demande émanant des créanciers, après l'ouverture de la procédure. Si la suspension doit avoir effet dès l'ouverture de la procédure, une autre solution pourrait être d'autoriser le prononcé de mesures provisoires ou conservatoires dans l'intervalle entre l'engagement et l'ouverture de la procédure. Ces mesures peuvent comprendre: la nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité; l'interdiction pour le débiteur de disposer des actifs; la mise sous séquestre de la totalité ou d'une partie des actifs; et la suspension de l'exécution des sûretés contre le débiteur. Dans certains pays, les opérations conclues par le débiteur pendant cette période sont nulles. Ces mesures provisoires étant prises avant que l'on sache si les critères d'ouverture sont satisfaits, les créanciers requérants peuvent être tenus de prouver qu'elles sont nécessaires et, dans certains cas, de fournir un cautionnement.

c) Durée de la suspension*i) Créanciers chirographaires – liquidation et redressement*

71. De nombreuses législations prévoient que, dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, la suspension s'applique aux créanciers chirographaires pendant toute la procédure.

ii) Créanciers garantis – liquidation

72. Différentes approches sont adoptées à l'égard de l'application de la suspension aux créanciers garantis. Dans certains systèmes juridiques, ces derniers sont exclus, tandis que dans d'autres, la suspension leur est appliquée automatiquement dès l'ouverture de la procédure pour une courte période, par exemple 30 ou 60 jours, sauf si la sûreté n'est pas essentielle pour la vente de la totalité de l'entreprise. Une autre approche consiste à leur appliquer la suspension pour la durée de la procédure, sauf si un tribunal ordonne la mainlevée. Lorsque la suspension a effet pendant une durée déterminée, la législation peut prévoir sa prorogation à la demande du représentant de l'insolvabilité lorsqu'il peut être démontré que cette prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs, ce qui suppose de montrer, par exemple, que l'entreprise ou des unités de cette entreprise ont des chances raisonnables d'être cédées comme entreprise viable. À titre de protection supplémentaire, il faudrait peut-être que la législation limite la période pendant laquelle la suspension peut être prorogée.

iii) Créanciers garantis – redressement

73. Dans le cas d'un redressement, il peut être nécessaire d'appliquer la suspension aux créanciers garantis pour la durée de la procédure afin d'assurer le bon déroulement de cette dernière sans que les actifs puissent être dissociés avant la fin du redressement. Il faudrait peut-être prévoir des exceptions à ce principe lorsque la sûreté considérée n'est pas essentielle au redressement ou lorsque le créancier peut apporter d'autres justifications à la levée de la suspension.

d) Levée de la suspension

74. Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, il peut être indiqué, dans certains cas, de prévoir des exemptions en autorisant la levée de la suspension ou l'arrêt de son application. À cet égard, la législation peut disposer, par exemple, que le créancier peut demander la levée lorsque la valeur de sa sûreté n'est pas préservée. Lorsqu'une telle protection n'est pas possible ou serait trop lourde pour la masse, le représentant de l'insolvabilité peut, de sa propre initiative, libérer la sûreté. Certaines législations prévoient que la levée de la suspension peut être accordée à un créancier chirographaire, par exemple, pour qu'une décision puisse être rendue dans un autre for lorsque la procédure judiciaire y est déjà bien avancée et qu'il serait utile de la mener à terme ou encore pour qu'une action contre un assureur du débiteur puisse être poursuivie.

75. Dans la liquidation, il peut également être nécessaire d'autoriser la restitution au créancier garanti des actifs sur lesquels il a une sûreté, lorsque la validité de cette dernière a été établie et que les actifs grevés sont sans valeur pour la masse ou ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable par le représentant de l'insolvabilité.

e) Préservation de la valeur économique

76. Une autre série de mesures permettant de remédier à tout effet négatif de la suspension sur les créanciers garantis est celle qui vise à maintenir la valeur économique des créances garanties pendant la durée de la suspension (certaines législations parlent de “protection adéquate”). Une approche consiste à préserver la valeur de la sûreté elle-même, étant entendu que, lors de la liquidation, le produit de la vente de la sûreté sera distribué directement au créancier à hauteur de la fraction garantie de la créance. Cette approche, outre qu’elle lève la suspension, peut s’accompagner d’un certain nombre de mesures telles que la compensation de toute dépréciation, le paiement d’intérêts ainsi que la protection et la compensation pour emploi de la sûreté.

77. Une autre approche serait de préserver la valeur de la fraction garantie de la créance. Dès l’ouverture de la procédure, l’actif grevé fait l’objet d’une évaluation, sur la base de laquelle est déterminée la valeur de la fraction garantie de la créance. Cette valeur reste fixe pendant toute la procédure et, lors de la distribution consécutive à la liquidation, le créancier garanti bénéficie d’une créance de premier rang à hauteur de cette valeur. Durant la procédure, le créancier garanti pourrait également recevoir le taux d’intérêt contractuel sur la fraction garantie en compensation des retards imposés par la procédure. Le versement d’intérêts est limité, dans certains systèmes d’insolvabilité, aux cas dans lesquels la valeur de la sûreté dépasse le montant de la créance, faute de quoi la compensation pour retard réduit les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires.

78. Il faudrait peut-être énoncer des principes directeurs pour déterminer quand et comment les créanciers détenant certains types de sûretés sur les actifs du débiteur seraient fondés à bénéficier des mesures de protection décrites ci-dessus. Bien qu’il faille s’attendre dans une procédure de redressement à une légère érosion de la situation des créanciers garantis, il n’est pas souhaitable qu’un seul créancier garanti ou groupe de créanciers garantis assume exclusivement ou principalement le fardeau, et il n’est pas souhaitable non plus que la poursuite de la procédure de redressement cause un préjudice important à la masse des créanciers.

2. Suspension des poursuites – résumé

79. L’application de la suspension pourrait être automatique ou discrétionnaire.

a) Date à laquelle s’applique la suspension

80. Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, la suspension pourrait s’appliquer:

- a. dès le dépôt de la demande (dans le cas d’une demande présentée par un débiteur);
- b. dès l’ouverture de la procédure (dans le cas d’une demande présentée par les créanciers).

b) Parties auxquelles s’appliquera la suspension

i) Liquidation

81. Deux approches différentes sont possibles:

- a. la suspension s'appliquerait à la fois aux créanciers garantis et aux créanciers chirographaires; ou
- b. la suspension s'appliquerait aux créanciers chirographaires et pourrait s'appliquer aux créanciers garantis à la demande du débiteur/du représentant de l'insolvabilité.

ii) *Redressement*

82. La suspension s'appliquerait également aux créanciers garantis et aux créanciers chirographaires, sauf mainlevée.

c) **Durée de la suspension**

i) *Créanciers chirographaires*

83. Dans la liquidation comme dans le redressement, la suspension s'appliquerait pour la durée de la procédure.

ii) *Créanciers garantis*

84. Dans le cas d'une liquidation, la suspension s'appliquerait aux créanciers garantis pendant une période limitée (30 à 60 jours), des exceptions étant prévues, par exemple lorsque la sûreté n'est pas indispensable à la vente de la totalité de l'entreprise.

85. Dans le cas d'un redressement, la suspension s'appliquerait aux créanciers garantis pour la durée de la procédure, sauf s'il est établi que la sûreté n'est pas nécessaire pour ladite procédure.

d) **Levée de la suspension: liquidation et redressement**

86. Un créancier garanti peut demander la levée de la suspension s'il peut démontrer qu'il a subi un grave préjudice (par exemple, la valeur économique de la sûreté n'est pas protégée de manière appropriée). La suspension peut cesser de s'appliquer lorsque le représentant de l'insolvabilité établit que la protection de la valeur de la sûreté n'est pas possible ou constitue une charge trop lourde.

e) **Préservation de la valeur économique**

87. [Mesures spécifiques à inclure]

C. **Traitement des contrats**

1. **Remarques générales**

88. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le débiteur sera inévitablement partie à un contrat qui n'a pas encore été entièrement exécuté. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut intervenir dans ces contrats, en décidant soit de les dénoncer et de les résilier, soit de les continuer (et éventuellement de les céder par la suite). Par exemple, dans un contrat où le débiteur a accepté d'acheter une marchandise particulière à un prix égal à la moitié du prix du marché au moment de l'insolvabilité, le représentant de

l'insolvabilité aurait évidemment avantage à continuer d'acheter à ce prix inférieur et de vendre au prix du marché. Le cocontractant souhaiterait naturellement se délier de ce qui est devenu un accord non rentable, mais, dans de nombreux systèmes, il n'y sera pas autorisé, bien qu'il puisse être fondé à recevoir l'assurance que le prix du contrat lui sera payé intégralement.

89. Comme dans le cas des actions en annulation (voir section III.4), la faculté du représentant de l'insolvabilité d'intervenir dans les contrats se justifie par l'objectif de maximisation de la valeur des actifs de la masse. Pour atteindre cet objectif, il peut être nécessaire de tirer parti des contrats qui sont avantageux et augmentent la valeur de la masse et de dénoncer ceux qui sont trop lourds à gérer ou qui coûtent plus qu'ils ne rapportent. Cet objectif doit être apprécié par rapport à des intérêts concurrents, tels que les préoccupations sociales liées à certains types de contrats – par exemple les contrats de travail – et l'effet de la faculté pour le représentant de l'insolvabilité de modifier les termes des contrats non exécutés sur la prévisibilité des relations commerciales et financières. Quelles que soient les règles adoptées en la matière, il est souhaitable que tout droit de poursuivre ou de résilier un contrat soit limité au contrat dans son ensemble, de manière à éviter que le représentant de l'insolvabilité puisse choisir de continuer certaines parties du contrat et d'en résilier d'autres.

90. À mesure qu'une économie se développe, une part croissante de sa richesse repose sur des contrats, plus que sur des biens immeubles. C'est pourquoi le traitement des contrats dans la procédure d'insolvabilité revêt une importance capitale. Deux difficultés majeures se posent dans l'élaboration de principes juridiques en la matière. La première tient au fait que les contrats diffèrent de tous les autres actifs du débiteur insolvable en ce qu'ils sont généralement attachés à des engagements ou à des droits, à savoir que le débiteur doit souvent s'acquitter d'une obligation ou effectuer un paiement pour bénéficier de droits qui constituent des actifs potentiellement précieux. De ce fait, des décisions délicates doivent être prises concernant le traitement qui sera le plus rentable pour la masse. En règle générale, c'est au représentant de l'insolvabilité qu'incombent ces décisions. Dans certaines législations, l'approbation d'un tribunal est également requise.

91. La deuxième difficulté tient à l'extrême diversité des types de contrats: simples contrats de vente de marchandises; contrats de location à court ou à long terme de biens meubles ou immeubles; contrats extrêmement complexes de franchise ou de construction et d'exploitation de grandes installations, etc. De plus, le débiteur peut être acheteur ou vendeur, prestataire ou utilisateur dans le cadre d'un contrat, si bien que les problèmes se posant dans l'insolvabilité risquent d'être très différents selon le côté où l'on se place. Une solution commune est d'énoncer des règles générales pour toutes les catégories de contrats, puis des exceptions pour certains contrats particuliers, comme cela est indiqué ci-dessous.

92. En cas de faillite, les contrats se répartissent en deux catégories financières: les contrats conclus par le débiteur avant l'insolvabilité, et les contrats conclus après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour les premiers, l'inexécution donne naissance, dans de nombreuses législations, à une créance non garantie généralement payée sur une base proportionnelle, tandis que pour les seconds, elle donne habituellement lieu à une créance de premier rang sur les fonds disponibles, qui de ce fait est payée dans son intégralité en tant que frais d'administration de l'insolvabilité. Cette distinction s'efface lorsque le représentant de l'insolvabilité

cherche à exécuter un contrat conclu avant l'insolvabilité après avoir établi que les bénéfices nets seront supérieurs en cas d'exécution qu'en cas d'inexécution. S'il opte pour la continuation, il fait sien le contrat conclu par le débiteur, et toute inexécution ultérieure donnera également naissance à une créance de premier rang considérée comme frais d'administration (voir section V.1) dans la plupart des systèmes.

93. Certaines catégories de contrats soulèvent des problèmes sociaux qui exigent un traitement spécial dans la législation sur l'insolvabilité. Il s'agirait, par exemple, des contrats de travail, des opérations sur les marchés financiers (voir ... ci-après) et des contrats pour services personnels, dans lesquels l'identité de la partie exécutante, que ce soit le débiteur ou un employé du débiteur, revêt une importance particulière. La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de résilier les contrats de travail, par exemple, peut être limitée si l'on craint que la liquidation ne soit utilisée comme moyen d'éliminer expressément la protection offerte aux salariés par ces contrats. À cet égard, une question connexe est de savoir dans quels cas un représentant de l'insolvabilité peut modifier les termes des contrats exigeant un traitement particulier.

a) Résiliation

i) Liquidation

94. En règle générale, il est souhaitable qu'un représentant de l'insolvabilité ait le pouvoir de résilier un contrat dans lequel les parties n'ont pas intégralement exécuté leurs obligations. On peut adopter différents mécanismes pour faciliter cette résiliation. Selon une première approche, le représentant de l'insolvabilité est tenu d'engager une action pour résilier le contrat. Suivant une seconde approche, le contrat peut être considéré comme automatiquement résilié si le représentant de l'insolvabilité ne choisit pas de la continuer dans un délai déterminé. En cas de résiliation, le cocontractant est dispensé d'exécuter le reste du contrat, le seul problème délicat étant de calculer le montant du préjudice résultant de cette résiliation. Le cocontractant devient un créancier chirographaire titulaire d'une créance égale au montant du préjudice subi. Il pourrait être souhaitable dans certains cas d'appliquer des mesures de réparation particulières en cas d'annulation de certains types de contrats, tels que les contrats de location, dans lesquels le débiteur est soit locataire, soit bailleur. S'il est locataire, un plafond peut être fixé pour les dommages-intérêts, de manière que la créance au titre d'un contrat de location à long terme ne soit pas disproportionnée par rapport à celles des autres créanciers. Les bailleurs peuvent généralement compenser leurs pertes en relouant le bien. Si le débiteur est bailleur, il peut être nécessaire de protéger les droits d'occupation du locataire.

ii) Redressement

95. Dans le cas d'un redressement, on peut accroître les chances de réussite en autorisant le représentant de l'insolvabilité à dénoncer des contrats trop lourds à gérer, lorsque le coût d'exécution est supérieur aux bénéfices escomptés, ou lorsque dans un contrat de location en cours par exemple le loyer est supérieur au prix du marché.

iii) *Exceptions*

96. Quelle que soit l'étendue des pouvoirs de continuation ou de résiliation conférés à un représentant de l'insolvabilité, des exceptions peuvent être nécessaires pour certains contrats. Les contrats de travail constituent une exception majeure au pouvoir de résiliation. Ces contrats sont particulièrement importants dans le redressement, mais ils le sont aussi dans la liquidation lorsque le représentant de l'insolvabilité tente de vendre l'entreprise en tant qu'entreprise viable. Le représentant de l'insolvabilité peut obtenir un meilleur prix s'il est en mesure de résilier les contrats de travail onéreux. Afin d'éviter que la procédure d'insolvabilité ne soit utilisée pour supprimer la protection accordée aux employés, certains pays limitent expressément la faculté de résilier les contrats de travail. Il pourrait être indiqué d'appliquer une limite similaire dans le cas des contrats de location lorsque le débiteur est le bailleur ou franchiseur ou lorsqu'il octroie une licence en propriété intellectuelle dont la résiliation mettrait fin aux activités du preneur de licence, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes.

b) **Continuation**

i) *Redressement*

97. Dans le cas d'un redressement, dont l'objectif est de permettre à l'entreprise de survivre et de continuer ses activités dans la mesure du possible, la faculté de poursuivre des contrats qui sont rentables pour l'entreprise et augmentent la valeur de la masse peut être cruciale. Si un régime d'insolvabilité ne fixe pas de limites à l'efficacité des clauses contractuelles de résiliation au moment de l'engagement ou de l'ouverture d'une procédure de redressement, les chances de réussite de cette dernière risquent d'être compromises.

98. Il faut se demander pour commencer si le contrat considéré contient une clause prévoyant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité constitue un défaut d'exécution donnant au cocontractant le droit inconditionnel de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée ou encore un autre droit. Certaines législations confirment la validité de telles clauses: le représentant de l'insolvabilité pourra poursuivre le contrat uniquement si le cocontractant ne choisit pas, ou peut être convaincu de ne pas choisir, de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée. Dans les cas où le cocontractant peut résilier un contrat, la législation sur l'insolvabilité peut prévoir un mécanisme pouvant être utilisé pour convaincre celui-ci de poursuivre le contrat, par exemple si dans les paiements effectués au titre du contrat, le cocontractant est payé en priorité pour les services fournis après l'ouverture de la procédure. D'autres législations prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut poursuivre le contrat malgré les objections du cocontractant. En d'autres termes, le principe selon lequel l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité emporte un défaut d'exécution qui donnerait le droit de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée est annulé par effet de la loi.

99. Les arguments en faveur de l'annulation des clauses de résiliation et d'exécution anticipée dans le cadre d'un redressement sont notamment la nécessité d'accroître le potentiel de gains de l'entreprise; de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel; de tirer parti, pour les créanciers, de la valeur des contrats du débiteur; [...].

100. On pourrait invoquer, à l'encontre d'une disposition annulant le droit de résiliation du cocontractant, des arguments tels que, la nécessité d'empêcher le débiteur d'exécuter exclusivement les contrats rentables et d'annuler les autres, avantage dont ne dispose pas le cocontractant innocent; l'effet de cette disposition sur la compensation; l'idée qu'une entreprise insolvable ne sera généralement pas en mesure de payer, si bien que, le fait de retarder la résiliation des contrats risque d'accroître l'encours de ses dettes; la possibilité pour les créateurs de propriété intellectuelle de contrôler l'utilisation de cette dernière; et l'effet de la résiliation sur les activités du cocontractant en ce qui concerne les biens incorporels en général.

101. Lorsque les législations sur l'insolvabilité prévoient la possibilité d'annuler des clauses de résiliation, les créanciers peuvent engager une action préventive pour éviter cette issue en résiliant le contrat avant que soit demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. On peut à cet égard prévoir une mesure d'atténuation en habilitant le représentant de l'insolvabilité à rétablir le contrat, à condition que les obligations antérieures et postérieures à l'ouverture de la procédure aient été remplies.

102. Les contrats poursuivis sont traités comme des obligations courantes dont l'entreprise doit s'acquitter, et toutes les obligations contractuelles de la masse deviennent des obligations postérieures à l'ouverture de la procédure. Les créances nées de l'exécution du contrat après l'ouverture de la procédure sont considérées, dans un certain nombre de législations, comme des frais d'administration (voir section V.1) et se voient accorder la priorité au moment de la répartition. En cas de violation par le représentant de l'insolvabilité d'un contrat qui a été continué, la partie ayant subi un préjudice en raison de cette violation serait fondée à se prévaloir des droits et recours prévus dans le contrat conformément à la loi applicable en dehors de celle relative à l'insolvabilité et à recevoir des dommages-intérêts, qui pourraient également être considérés comme des frais d'administration (à la différence d'une créance non garantie).

103. En cas de défaut d'exécution du débiteur au moment où est demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la question de fond est de savoir s'il est équitable d'obliger le cocontractant à traiter avec un débiteur insolvable lorsqu'il y a déjà eu manquement avant l'insolvabilité. Certaines législations prévoient que les contrats peuvent être continués à condition que le représentant de l'insolvabilité répare tout défaut d'exécution et donne l'assurance que le contrat sera exécuté à l'avenir en fournissant, par exemple, un cautionnement ou une garantie.

ii) *Liquidation*

104. La continuation des contrats est peut-être moins nécessaire dans le cas d'une liquidation que dans celui d'un redressement, sauf lorsque le contrat est susceptible d'accroître la valeur de l'entreprise ou d'un actif particulier et, par conséquent, de faciliter la vente de cette dernière en tant qu'entreprise viable. Un contrat de location, par exemple, dans lequel le loyer est inférieur à la valeur marchande et dont l'expiration est encore lointaine, peut s'avérer essentiel dans tout projet de vente de l'entreprise.

105. On pourrait invoquer, comme arguments en faveur de l'annulation des clauses de résiliation dans le cadre de la liquidation, la nécessité de maintenir l'entreprise intacte pour maximiser sa valeur vénale ou accroître son potentiel de bénéfices; la

nécessité de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel; et l'opportunité de lier toutes les parties dans la liquidation définitive de l'entreprise.

iii) Exceptions

106. On distingue généralement deux catégories d'exceptions au pouvoir du représentant de l'insolvabilité de poursuivre des contrats. La première est celle où, le représentant de l'insolvabilité étant habilité à annuler des clauses de résiliation, des exceptions spécifiques peuvent être prévues pour certains types de contrats, notamment des contrats financiers à court terme (par exemple des accords de swap et des contrats à terme). La seconde catégorie est celle où, quel que soit le traitement accordé aux clauses de résiliation par la loi sur l'insolvabilité, le contrat ne peut être poursuivi parce qu'il stipule la fourniture par le débiteur de services personnels non substituables (par exemple un chanteur d'opéra).

c) Cession

107. Les contrats qui ont été poursuivis peuvent ultérieurement être cédés à titre onéreux. Certaines législations relatives à l'insolvabilité exigent l'accord de l'autre partie ou de l'ensemble des parties, tandis que d'autres prévoient que la procédure d'insolvabilité rend nulles et de nul effet les clauses d'incessibilité. Le représentant de l'insolvabilité est alors libre de céder le contrat dans l'intérêt de la masse. Cette dernière possibilité revêt, pour certains pays, une importance cruciale dans la procédure de liquidation alors que, dans d'autres, elle est totalement étrangère et interdite.

108. La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de poursuivre et de céder des contrats en violation des clauses qu'ils contiennent peut être très avantageuses pour la masse et, partant, pour les bénéficiaires du produit de la distribution après la liquidation. Toutefois, cette faculté porte manifestement atteinte aux droits du cocontractant et peut soulever la question du préjudice, surtout lorsque le cocontractant n'intervient que peu ou pas du tout dans le choix du cessionnaire. Certaines législations prévoient que, si le cocontractant n'accepte pas la cession, le représentant de l'insolvabilité peut céder le contrat avec l'autorisation du tribunal s'il peut être démontré que le cocontractant refuse de donner son consentement sans raison valable. Certaines des législations qui autorisent la continuation et la cession des contrats exigent que le représentant de l'insolvabilité démontre au cocontractant que le cessionnaire peut exécuter le contrat avec satisfaction.

d) Questions de procédure

109. Certaines législations autorisent le représentant de l'insolvabilité à décider de la continuation ou non des contrats, tandis que d'autres exigent l'approbation du tribunal. Pour ne pas retarder inutilement la procédure, il est souhaitable que cette décision soit prise dans un délai déterminé. Du fait de la nature de la procédure, ce délai pourrait être plus long pour le redressement que pour la liquidation avec une possibilité de prorogation dans les cas où celle-ci serait utile au redressement. Si aucune décision n'est prise dans le délai spécifié par la loi ou fixé par le tribunal (si, à défaut de décision du représentant de l'insolvabilité, le cocontractant demande au tribunal de trancher la question), certaines législations contiennent des dispositions applicables par défaut qui prévoient, par exemple, la résiliation automatique ou au gré du cocontractant.

110. Dans de nombreuses législations, le représentant de l'insolvabilité n'est pas tenu de notifier la résiliation à l'autre partie, sauf dans le cas de contrats de travail et de location (de biens immeubles). Certaines législations font cependant obligation au représentant de l'insolvabilité de satisfaire aux exigences du contrat en matière de notification, bien qu'elles prévoient parfois la possibilité d'abréger le délai de préavis dans le cas de contrats de location à long terme.

111. [Compensation]

112. [Contrats financiers et compensation]

2. Traitement des contrats – résumé

a) Résiliation

113. Un représentant de l'insolvabilité peut résilier des contrats dans le cadre d'une procédure de liquidation et de redressement. La résiliation peut avoir effet:

- a. lorsque le représentant de l'insolvabilité la notifie ou
- b. automatiquement lorsqu'aucune décision de poursuivre les contrats n'a été prise dans un délai déterminé.

114. La résiliation donne naissance à une créance non garantie pour le préjudice causé.

115. Le droit de résilier certaines catégories de contrats, tels que les contrats de travail, dans le cadre d'une procédure de redressement devrait être limité.

b) Continuation

116. Le représentant de l'insolvabilité, avec ou sans l'approbation du tribunal, peut poursuivre des contrats, à l'exception de certaines catégories d'entre eux. Lorsqu'une disposition quelconque du contrat a pour effet de résilier ce dernier dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, plusieurs solutions sont possibles:

- a. la disposition peut être considérée comme nulle et de nul effet par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal.
- b. la loi sur l'insolvabilité peut prévoir que cette disposition est nulle et de nul effet.

117. Les contrats poursuivis par le représentant de l'insolvabilité deviennent des obligations de la masse à compter de l'ouverture de la procédure.

c) Cession

118. Le représentant de l'insolvabilité peut céder un contrat qui a été poursuivi:

- a. en considérant comme nulle une clause d'incessibilité;
- b. sous réserve de l'accord du cocontractant [de toutes les parties]; ou
- c. si, en cas d'opposition du cocontractant [de toutes les parties], le tribunal approuve la cession.

D. Actions en annulation

1. Remarques générales – annulation des opérations antérieures à la procédure d’insolvabilité

119. De nombreuses législations considèrent certaines opérations effectuées avant l’engagement d’une procédure d’insolvabilité comme inéquitables ou financièrement préjudiciables aux intérêts de tous les partenaires du débiteur, surtout si elles sont accomplies dans la perspective d’une insolvabilité probable. Une opération peut entrer dans cette catégorie a posteriori – lorsqu’il s’agit, par exemple, d’une opération qui, normalement, ne serait pas considérée comme illégale, mais qui est perçue comme étant préjudiciable à la lumière d’une insolvabilité survenant ultérieurement. Comme on le verra ci-après, le problème est ici de parvenir à un équilibre délicat entre des intérêts sociaux concurrents, tels que l’utilité de pouvoirs forts pour maximiser la valeur des actifs de la masse au profit de tous les créanciers et le risque de compromettre la prévisibilité et la certitude contractuelles. Lorsque, dans ce dosage, une opération particulière s’avère préjudiciable, elle peut devenir juridiquement “annulable”, c’est-à-dire sans effets sur le plan juridique, de sorte que les biens transférés par le débiteur, ou leur valeur, peuvent être recouvrés par un représentant de l’insolvabilité au profit de l’ensemble des parties intéressées.

120. Il peut s’écouler beaucoup de temps entre le moment où un débiteur se rend compte qu’il ne peut éviter une procédure d’insolvabilité et celui où une telle procédure est ouverte. Pendant cette période, le débiteur a amplement la possibilité de tenter de dissimuler des actifs à ses créanciers, de souscrire des engagements fictifs, de consentir des libéralités à des parents et à des amis ou de payer certains créanciers à l’exclusion d’autres. Dans la perspective de la procédure d’insolvabilité qui s’ouvrira en définitive, de tels actes ont pour résultat de défavoriser l’ensemble des créanciers chirographaires, qui n’y ont pas été parties et ne bénéficient pas d’une sûreté, et de compromettre l’objectif de traitement équitable de tous les créanciers. Un des principaux objectifs des pouvoirs d’annulation est d’assurer une répartition équitable entre tous les créanciers des actifs d’un débiteur insolvable conformément aux priorités établies en matière de paiement.

121. Différentes approches sont adoptées concernant les dispositions relatives à l’annulation. L’une d’elles privilégie le recours à des critères objectifs généraux permettant de déterminer si des opérations sont annulables. Il peut s’agir de savoir par exemple si l’opération a été effectuée pendant une période déterminée antérieure à l’ouverture de la procédure ou encore si le transfert ou l’opération a l’une des caractéristiques générales prévues par la loi (par exemple dispositions exigeant l’apport d’une contrepartie appropriée). Des critères généraux peuvent être simples à appliquer, mais ils peuvent aussi, si l’on s’en remet exclusivement à eux, aboutir à des résultats arbitraires, si bien que des opérations légitimes et utiles effectuées pendant la période spécifiée risquent d’être annulées tandis que les opérations frauduleuses ou préférentielles non comprises dans cette période pourront être sauvegardées. Une autre approche préconise l’application de critères subjectifs au cas par cas pour déterminer, par exemple, s’il est prouvé que le débiteur avait l’intention de dissimuler des actifs aux créanciers, si celui-ci était insolvable au moment où l’opération a été effectuée et si le cocontractant avait connaissance de l’insolvabilité. Une solution équilibrée qui combinerait des éléments de chaque approche peut être un moyen de limiter les effets indésirables d’un recours exclusif à des critères généraux.

122. On distingue dans la plupart des systèmes juridiques quatre catégories courantes d'opérations annulables: les transferts visant à frauder les créanciers, les transferts à un prix sous-évalué, des paiements préférentiels à certains créanciers et des sûretés non valables. Certaines opérations peuvent revêtir les caractéristiques de plusieurs de ces catégories, selon les circonstances particulières de chaque contrat. Par exemple, des opérations qui semblent préférentielles peuvent relever davantage de la catégorie des opérations frauduleuses si elles ont lieu alors que l'insolvabilité du débiteur est imminente ou ne laissent pas au débiteur suffisamment d'actifs pour mener ses activités. Pour chaque catégorie, les systèmes juridiques règlent différemment la question de savoir si le bénéficiaire – la personne qui a reçu les biens – peut être contraint à restituer ces biens s'il était innocent, a fourni une contrepartie ou n'avait pas connaissance des faits cruciaux. Certains systèmes autorisent le bénéficiaire à opposer ce type d'exception tandis que d'autres exigent la restitution des biens que le bénéficiaire ait ou non effectivement fourni une contrepartie, tout en prévoyant toutefois une certaine protection.

123. Les trois premières catégories d'opérations sont susceptibles d'annulation pour plusieurs raisons, à savoir:

- i) Pour empêcher la fraude (par exemple, le transfert d'actifs pour les dissimuler au profit ultérieur du débiteur);
- ii) Pour empêcher le favoritisme, lorsque le débiteur souhaite avantager certains créanciers aux dépens des autres;
- iii) Pour empêcher une baisse subite de la valeur d'une entreprise immédiatement avant qu'elle soit placée sous contrôle judiciaire; et
- iv) Pour favoriser le règlement amiable – les créanciers sauront que les transferts ou les saisies d'actifs réalisés à la dernière minute peuvent être annulés et, seront donc plus enclins à collaborer avec un débiteur pour parvenir à un règlement efficace sans l'intervention d'un tribunal.

124. La possibilité d'annuler les opérations relevant de la quatrième catégorie, à savoir les sûretés non valables, résulte simplement de l'application des règles concernant ce type de sûretés dans le contexte de l'insolvabilité. Ainsi, les systèmes qui exigent l'inscription de certaines catégories de sûretés sur un registre public prévoient parfois que la sûreté sera inopposable ou nulle dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si elle n'a pas été inscrite. Les principes appliqués sont ceux qui se trouvent énoncés dans les lois autorisant l'octroi d'une sûreté aux créanciers. D'autre part, une sûreté valable en vertu de ces lois peut être annulable en cas d'insolvabilité au titre de l'un des trois premiers motifs énumérés ci-dessus. Par exemple, la constitution d'une sûreté immédiatement avant l'insolvabilité, bien que valable par ailleurs, peut être considérée comme ayant favorisé injustement un créancier au détriment des autres.

a) Opérations frauduleuses

125. Sont frauduleux les transferts effectués par la direction de l'entreprise du débiteur dans l'intention de frauder les créanciers ou de faire échouer ou retarder le recouvrement des créances par la soustraction des actifs et leur transfert à un tiers. De nombreuses lois relatives à l'insolvabilité ne limitent pas la période pendant laquelle des opérations de ce type doivent avoir lieu pour être annulées.

b) Opérations à un prix sous-évalué

126. Des opérations peuvent être annulées lorsque la contrepartie reçue par le débiteur à l'occasion d'un transfert à un tiers quel qu'il soit a été symbolique, ou nettement inférieure à la valeur réelle de l'actif transféré. Selon certaines lois, il faut aussi avoir constaté que le débiteur était insolvable au moment du transfert ou l'est devenu en raison de ce dernier.

c) Opérations préférentielles

127. Les opérations préférentielles sont généralement des paiements qui enfreignent le principe *pari passu* en ce qu'ils privilégient certains créanciers et tiers par rapport à d'autres créanciers qui ne seront peut-être pas payés pendant la période précédant l'engagement de la procédure. Ces opérations sont susceptibles d'annulation lorsque le transfert a été réalisé au titre d'une dette au cours d'une période déterminée (la "période suspecte") précédant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'à l'issue de ce transfert le créancier recevra une part des actifs du débiteur supérieure à la proportion que lui attribue la loi. De nombreux pays exigent également une preuve de l'insolvabilité ou de l'imminence de l'insolvabilité au moment où l'opération a eu lieu. Peuvent également entrer dans la catégorie des opérations préférentielles les transferts effectués après l'engagement de la procédure d'insolvabilité, mais avant son ouverture, à moins que l'opération ait été autorisée par les dispositions de la loi sur l'insolvabilité.

128. Les dons peuvent être frauduleux ou totalement innocents, mais dans un cas comme dans l'autre déloyaux pour les créanciers et de ce fait annulables. Une compensation intervenue peu de temps avant l'engagement de la procédure d'insolvabilité peut être considérée comme préjudiciable et susceptible d'annulation (voir section III.4).

129. [Transferts non autorisés effectués après l'engagement de la procédure; annulations de paiement effectués avant la période suspecte; opérations gravement incompatibles avec la pratique commerciale.]

d) Établissement de la période suspecte

130. Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient expressément la période suspecte (par exemple tant de jours ou de mois avant l'ouverture de l'insolvabilité) pendant laquelle chacun de ces types d'opérations pourrait faire l'objet d'une annulation. Dans d'autres, la période suspecte est définie rétrospectivement par le tribunal après l'ouverture de la procédure. Le tribunal fonde alors souvent sa décision sur le moment où le débiteur a cessé de payer ses dettes normalement ("cessation des paiements"). [*Examiner les avantages de chaque approche*]. Certains systèmes peuvent avoir une période suspecte unique pour tous les types d'opérations annulables, d'autres ont des périodes différentes, en fonction de différents facteurs, tels que le caractère intentionnel de la lésion des débiteurs, la qualité d'initié du bénéficiaire (personne ayant une relation d'affaire ou un lien familial étroit avec le débiteur ou ses créanciers). Du fait que les opérations frauduleuses suppose une conduite intentionnellement illicite, de longues périodes suspectes, qui peuvent aller de un à six ans, sont souvent fixées. Lorsque des opérations préférentielles mettent en cause des créanciers qui ne sont pas des initiés, la période suspecte peut être relativement brève et ne pas dépasser quelques mois par exemple. Lorsque des

initiés sont en cause, de nombreux pays ont pour principe d'appliquer des règles plus strictes, y compris des périodes suspectes plus longues et un renversement de la charge de la preuve. Par exemple, un transfert à un prix sous-évalué à un initié peut être annulé même si le débiteur n'était pas insolvable au moment de l'opération, et qu'il ne l'est pas devenu du fait de cette dernière.

e) Responsabilité des bénéficiaires

131. Pour chaque type d'opération, la question se pose de savoir si le bénéficiaire peut être exonéré de sa responsabilité et si l'annulation du transfert est souhaitable. Une telle décision peut, dans chaque cas, dépendre de divers facteurs et devra trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessité d'appliquer un traitement équitable aux parties innocentes et, d'autre part, les difficultés de prouver la motivation du bénéficiaire et le fait qu'il avait connaissance de la situation ainsi que le préjudice occasionné aux créanciers, quel qu'ait été l'esprit dans lequel le bénéficiaire a accepté le transfert. En cas d'opérations frauduleuses, par exemple, la mesure dans laquelle le bénéficiaire a payé une valeur adéquate et avait connaissance de l'intention réelle du débiteur de frauder les créanciers seront des éléments pertinents. Dans le cas de transferts à un prix sous-évalué, c'est la question de savoir si le bénéficiaire était ou non un initié et avait connaissance de l'insolvabilité effective ou imminente ou si le débiteur risquait de devenir insolvable du fait de ce transfert qui seront pris en compte.

132. Pour ce qui est de l'annulation d'opérations préférentielles, différentes approches peuvent être adoptées. Selon l'une d'elles, lorsque le créancier bénéficiaire a agi de bonne foi et ne savait pas que le débiteur était insolvable au moment du transfert ou était devenu insolvable du fait du transfert, le créancier n'est pas tenu responsable et le transfert n'est pas annulé. Une autre approche aboutit au même résultat lorsque le transfert effectué par le débiteur a eu lieu à peu près en même temps que la création de la créance, a été suivie de la fourniture d'une contrepartie, ou a eu lieu dans le cours normal des activités.

f) Opérations nulles et annulables

133. Lorsqu'une opération entre dans l'une quelconque de ces catégories, elle sera soit nulle de plein droit, soit annulable en vertu des lois relatives à l'insolvabilité. Dans les lois où elle est annulable, le représentant de l'insolvabilité est tenu de déterminer si l'annulation profitera à la masse, compte tenu du délai nécessaire pour récupérer les actifs concernés ou leur valeur ainsi que les éventuels frais de justice. Ce pouvoir d'appréciation serait généralement soumis à l'obligation de maximiser la valeur des actifs de la masse, la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pouvant être engagée s'il ne le fait pas. Si, pour certaines opérations, ce dernier n'intente pas d'action en annulation, certaines lois relatives à l'insolvabilité autorisent un créancier ou le comité des créanciers à agir pour l'y obliger lorsqu'il apparaît qu'une telle action profiterait à la masse. D'autres lois autorisent également un créancier ou le comité des créanciers à engager cette action. Certaines considèrent alors que les actifs ou la valeur récupérés par le créancier entrent dans la masse; d'autres prévoient que tout ce qui est récupéré peut être utilisé pour désintéresser le créancier ayant engagé l'action.

g) Questions relatives à la charge de la preuve

134. Les lois sur l'insolvabilité énoncent des règles différentes en ce qui concerne l'établissement des éléments nécessaires à une action en annulation. Certaines font obligation au débiteur de prouver que l'opération n'entre dans aucune catégorie d'opérations annulables. D'autres obligent le créancier ou un tiers contestant l'opération, par exemple le représentant de l'insolvabilité, à prouver l'existence de chaque élément justifiant une action en annulation. D'autres encore autorisent le renversement de la charge de la preuve, par exemple lorsqu'il est difficile pour le représentant de l'insolvabilité d'établir que le débiteur avait effectivement l'intention de frauder les créanciers, sauf à recourir à des indices extérieurs, des faits objectifs ou d'autres éléments de preuve indirecte. C'est alors au bénéficiaire qu'il incombe de prouver la bonne foi du débiteur.

2. Actions en annulation – résumé

[...]

IV. Administration de la procédure

A. Droits et obligations du débiteur

1. Remarques générales

a) Contrôle de la gestion de la société débitrice

i) Liquidation

135. Une fois la procédure de liquidation ouverte, la conservation de la masse nécessite des mesures globales visant à protéger celle-ci non seulement contre les actions des créanciers, mais également contre les dirigeants ou propriétaires de la société débitrice. C'est pourquoi de nombreuses lois sur l'insolvabilité dessaisissent la direction ou les propriétaires de la société débitrice de tout droit de gérer ou d'exploiter l'affaire, un représentant de l'insolvabilité étant nommé pour assumer l'ensemble des responsabilités correspondantes y compris le droit, le cas échéant, d'engager et de poursuivre une action en justice au nom de la masse et de recevoir tous paiements destinés au débiteur. Lors de l'ouverture de la procédure, toute mesure prise par le débiteur qui est préjudiciable à la masse serait normalement dénuée d'effet.

136. Lorsque le moyen le plus efficace de liquider la masse semble être de céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable, le représentant de l'insolvabilité peut, dans certaines législations, permettre aux dirigeants ou aux propriétaires de la société débitrice de continuer à effectuer certains actes pour faciliter la vente des actifs et de l'entreprise sous sa surveillance et son contrôle. Le représentant de l'insolvabilité qui exerce un contrôle sur l'entreprise peut, en l'occurrence, être tenu responsable des fautes commises par le débiteur pendant cette période.

ii) Redressement

137. Les avis sont partagés sur la question de savoir dans quelle mesure le dessaisissement du débiteur est la solution la plus appropriée dans le cas d'une procédure de redressement et si la direction de la société débitrice peut encore jouer un rôle. Même si elle a contribué aux difficultés financières de l'entreprise, l'équipe dirigeante a souvent une connaissance directe et intime des affaires du débiteur. De

ce fait, il peut être justifié de laisser la direction intervenir dans la prise de décisions à court terme en matière de gestion. Pour des raisons analogues, la direction de la société débitrice est souvent bien placée pour proposer un plan de redressement susceptible d'être approuvé par les créanciers et le tribunal. En pareil cas, le dessaisissement total de la direction de la société débitrice peut, indépendamment de sa part de responsabilité dans les difficultés financières du débiteur, dissuader les débiteurs de recourir, à un stade précoce, à des procédures de redressement, ce qui risque de compromettre leurs chances de succès.

138. Différentes démarches peuvent être retenues pour tenir compte de tous ces éléments. L'une d'elles consiste à instituer une répartition des fonctions entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, celui-ci contrôlant les activités du premier et devant approuver les opérations importantes, tandis que le débiteur resterait chargé de la gestion de l'entreprise au jour le jour. Une telle approche devra sans doute être étayée par des règles relativement précises pour clarifier la division des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur et déterminer avec certitude la façon dont le redressement sera opéré. Cependant, dans les cas où seraient démontrés de graves fautes de gestion ou des détournements de biens ou si le redressement ne semble plus être un objectif réaliste, il peut s'avérer souhaitable que les dirigeants ou les propriétaires de la société débitrice soient dessaisis par le tribunal, agissant d'office ou à l'initiative du représentant de l'insolvabilité, voire des créanciers ou du comité des créanciers. Lorsque le pouvoir est conféré aux créanciers ou au comité des créanciers, il peut être nécessaire de prévoir des mesures de protection pour prévenir les abus éventuels de créanciers désireux de faire échouer la procédure de redressement ou d'exercer une influence indue. Il faudrait imposer, par exemple, un vote par une majorité déterminée de créanciers avant de pouvoir recourir à une telle mesure.

139. Une autre démarche – que très peu de lois sur l'insolvabilité ont retenue – consiste à permettre au débiteur de garder les rênes de son entreprise, le tribunal n'ayant donc pas à nommer un représentant indépendant lors de l'ouverture de la procédure (formule dite du "débiteur en possession"). Même si une telle démarche peut être propice au bon déroulement de la procédure de redressement, elle comporte également des inconvénients. Il se peut par exemple qu'une telle formule soit utilisée dans des cas où le résultat risque manifestement d'être infructueux, autrement dit lorsque la procédure en question sert à retarder l'inévitable tandis que les actifs de l'entreprise continuent d'être dispersés, avec le risque que la direction agisse de façon irresponsable, voire frauduleuse, pendant la période où elle reste en place, compromettant ainsi les chances de redressement et portant atteinte à la confiance des créanciers. On peut aplanir ces difficultés en adoptant certaines mesures de protection, par exemple en nommant un représentant de l'insolvabilité pour surveiller le débiteur ou en mettant en place un mécanisme qui permette au tribunal de convertir (d'office ou à la demande des créanciers) la procédure en liquidation, tout en confiant aux créanciers un rôle suffisant dans la surveillance ou le contrôle du débiteur. Cela étant, il s'agit d'une approche fort complexe qui met en jeu divers aspects de la conception d'un régime d'insolvabilité et qui nécessite un examen approfondi.

140. Pour aider le débiteur à s'acquitter de ses obligations, certaines lois l'autorisent à faire appel aux spécialistes dont il peut avoir besoin (comptables, avocats, experts, etc.), sous réserve d'une autorisation. Selon les lois, celle-ci est accordée soit par le représentant de l'insolvabilité, soit par le tribunal ou les créanciers.

b) Communication de renseignements

141. Pour que le tribunal, les créanciers et les parties concernées puissent évaluer de façon rationnelle les besoins immédiats de trésorerie du débiteur et l'opportunité de nouveaux moyens de financement, les perspectives commerciales et la viabilité à long terme de l'entreprise, ainsi que la question de savoir si la direction est suffisamment compétente pour continuer à diriger l'entreprise, il leur faut disposer des renseignements que le débiteur est en mesure de fournir concernant l'affaire. Dans les deux types de procédure d'insolvabilité, mais surtout en matière de redressement, il est souhaitable que le débiteur reste tenu de divulguer des informations relativement détaillées au sujet de ses affaires commerciales et financières. Pour que les informations en question puissent être utilisées à cette fin, il faut qu'elles soient à jour: il s'agit donc de les communiquer dès que possible après l'ouverture de la procédure. Lorsque le débiteur n'est pas une personne physique, ce sont les membres du conseil d'administration et autres tiers compétents qui peuvent les fournir au représentant de l'insolvabilité. Une autre solution consiste à exiger qu'un ou plusieurs des membres du directoire se fassent représenter et prennent part à une réunion générale des créanciers pour répondre aux questions, sauf dans les cas où cela n'est matériellement pas possible, les intéressés ne se trouvant pas en un lieu où les réunions des créanciers peuvent se tenir. Les renseignements requis sont souvent commercialement sensibles et il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité comporte des dispositions permettant de protéger les informations confidentielles. En cas de rétention d'information, il peut s'avérer nécessaire de prévoir un mécanisme qui oblige à communiquer les données pertinentes, qu'il s'agisse de la "mise en examen" du débiteur ou, suivant l'usage en vigueur dans un certain nombre de pays, de l'application de sanctions pénales.

142. En vue de faciliter la communication de renseignements par le débiteur, certaines lois prévoient des listes normalisées énumérant les différents éléments d'information requis, à compléter par le débiteur (sous peine de sanctions s'il fournit des informations fallacieuses ou mensongères) ou par une personne ou un administrateur indépendant.

2. Droits et obligations du débiteur – résumé

[...]

B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité

1. Remarques générales

143. Le représentant de l'insolvabilité joue un rôle essentiel dans la mise en application effective de la loi. Lorsqu'il est nommé par le tribunal, il a, selon plusieurs législations, l'obligation de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité. Étant en principe celui qui dispose du plus grand nombre de renseignements sur la situation du débiteur, il est également le mieux placé pour prendre des décisions en connaissance de cause. Cela ne veut pas dire que le représentant de l'insolvabilité remplace le tribunal: il appartient à la juridiction compétente de trancher tout litige entre le représentant de l'insolvabilité et telle ou telle partie intéressée. Même dans les pays où le tribunal joue un rôle relativement restreint dans les procédures d'insolvabilité, l'étendue des pouvoirs qui seraient normalement confiés au représentant de l'insolvabilité reste limitée.

a) Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité

144. Dans certains pays, le tribunal choisit, nomme et supervise le représentant de l'insolvabilité. Dans d'autres, un bureau ou un institut distinct sélectionne l'intéressé sur instruction du tribunal et assume des fonctions de tutelle à l'égard de tous les représentants du régime d'insolvabilité. Une troisième approche consiste à laisser les créanciers intervenir en recommandant et sélectionnant le représentant de l'insolvabilité à nommer, à condition que cette personne ait les qualifications requises pour remplir de telles fonctions dans le cas considéré. Même si ces dernières approches permettent d'éviter tout parti pris apparent, elles peuvent avoir pour inconvénient d'exiger des ressources et une infrastructure supplémentaires.

b) Qualifications

145. Le représentant de l'insolvabilité retenu peut provenir de différents milieux, qu'il s'agisse du monde des affaires, d'un organisme gouvernemental spécialisé ou d'un groupe privé de personnes qualifiées. Une question connexe est de savoir s'il doit être une personne physique ou si une personne morale pourrait éventuellement occuper une telle fonction. Quelle que soit la façon dont il est nommé, il est préférable, vu la complexité de nombreuses procédures d'insolvabilité, que le représentant de l'insolvabilité connaisse la loi, soit impartial et ait une expérience suffisante des questions commerciales et financières. Si des connaissances spécialisées s'avèrent nécessaires, il peut toujours être fait appel à des experts. Les conflits d'intérêts découlant de relations antérieures avec le débiteur, un créancier ou un membre du tribunal peuvent, dans certains pays, constituer une raison suffisante pour exclure la nomination de la personne en cause en qualité de représentant de l'insolvabilité.

c) Obligation de diligence

146. Le critère de diligence que le représentant de l'insolvabilité doit appliquer et sa responsabilité personnelle sont des éléments importants pour la conduite de la procédure d'insolvabilité. Le représentant de l'insolvabilité agit en qualité de fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions, assumant une obligation générale de loyauté envers la masse et les divers groupes d'intérêts en cause. Du même coup, il peut être tenu pour responsable en cas de manquement à ces obligations. En vue de mesurer la prudence, la diligence et la compétence requises, une norme doit être établie, qui tienne compte des difficultés que le représentant de l'insolvabilité rencontre dans l'accomplissement de ses tâches (critère de négligence, par exemple). Certaines lois sur l'insolvabilité lui imposent l'obligation de déposer une caution ou de prévoir une assurance contre l'accusation de forfaiture. Lorsque la masse subit des pertes du fait de la négligence, de l'incompétence ou de la malhonnêteté des employés ou mandataires du représentant de l'insolvabilité, celui-ci n'est pas nécessairement tenu personnellement responsable, sauf lorsqu'il n'a pas fait preuve de la diligence voulue dans l'exercice de ses fonctions. [*Note à l'attention du Groupe de travail: la responsabilité du représentant de l'insolvabilité peut-elle faire l'objet d'autres approches?*]

147. Dans certaines législations, le tribunal doit autoriser le représentant de l'insolvabilité à faire appel aux comptables, avocats, experts et autres spécialistes requis pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions. Dans d'autres cas, une telle autorisation n'est pas nécessaire. Pour ce qui est de la rémunération de ces spécialistes, certaines lois prévoient qu'une demande doit être adressée à cet effet au tribunal pour qu'il approuve; une autre approche consisterait à demander l'accord du

comité des créanciers. Les spécialistes peuvent être rémunérés à intervalles périodiques pendant la procédure, ou être tenus d'attendre l'achèvement de celle-ci.

d) Remplacement ou renvoi

148. En cas de décès ou de démission du représentant de l'insolvabilité, on peut éviter des perturbations éventuelles dans la procédure et les contretemps occasionnés par l'incapacité de trouver un remplaçant en prévoyant la nomination d'un successeur. Suivant les lois, le représentant de l'insolvabilité peut être relevé de ses fonctions dans certains cas, qu'il ait manqué ou se soit soustrait à ses obligations légales en vertu du régime d'insolvabilité ou qu'il ait fait preuve d'incompétence ou de négligence caractérisées. En fonction de l'approche retenue, le renvoi peut intervenir sur décision du tribunal, agissant d'office ou à la demande d'une partie intéressée, ou sur décision prise par une majorité déterminée de créanciers non titulaires de sûretés.

2. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité – résumé

[...]

C. Créances des créanciers

1. Remarques générales

149. Dans les procédures d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à deux niveaux, d'une part, pour déterminer quels créanciers peuvent voter et comment ils doivent le faire (en fonction de la catégorie dont ils font partie) et, d'autre part, aux fins de la répartition. Les types de créances susceptibles d'être invoquées diffèrent suivant les lois. Dans certains cas, une distinction est faite entre créances garanties et créances non garanties. Le créancier titulaire d'une sûreté ne fait généralement pas valoir ses droits à moins de renoncer à sa sûreté, ou à moins que la valeur de sa créance ne soit supérieure à celle de la garantie et qu'il ne souhaite réclamer la partie non garantie de la créance (qui peut être une créance provisoire). Suivant les législations, certaines créances (créances sur l'étranger, décisions de justice obtenues par des manœuvres frauduleuses, amendes et pénalités, dettes de jeu, etc.) ne sont pas admises pour des raisons d'ordre public.

a) Déclarations des créances

150. Différents mécanismes peuvent être employés pour déclarer des créances. Selon la loi de nombreux pays, il appartient aux créanciers de soumettre au représentant de l'insolvabilité des justificatifs de leurs créances pour qu'il les examine. Certaines lois prévoient, en tant qu'étape initiale, l'établissement par le tribunal ou par le débiteur d'une liste des créanciers et des créances. Une fois cette liste établie, les créanciers peuvent être invités à faire valoir leurs droits auprès du représentant de l'insolvabilité. L'établissement d'une telle liste par le débiteur se fonde sur la connaissance qu'il a de ses créanciers et de leurs créances, et permet au représentant de l'insolvabilité de se faire rapidement une idée de la situation de l'entreprise. La déclaration des créances par le créancier et leur vérification ultérieure par le représentant de l'insolvabilité sont généralement un moyen de garantir une répartition satisfaisante.

b) Créances provisoires

151. L'on distingue deux types de créances, selon qu'elles portent sur un montant déjà fixé, ou que le montant dû par le débiteur n'a pas été ou ne peut pas encore être déterminé. Les créances de ce type, garanties ou non, peuvent avoir un caractère contractuel ou extracontractuel. Lorsque le montant de la créance ne peut pas être ou n'a pas été évalué au moment où elle doit être déclarée au représentant de l'insolvabilité, il convient, selon de nombreuses lois, de la déclarer à titre provisoire ou de lui attribuer une valeur provisoire. L'admission de créances provisoires soulève diverses questions, concernant notamment: leur mode d'évaluation et la partie chargée de cette évaluation; les droits de vote à accorder aux créanciers provisoires sur des enjeux importants, s'agissant par exemple de déterminer s'il faudra procéder à une liquidation ou à un redressement; ou d'approuver le plan de redressement et la question de savoir si, en tant que créanciers minoritaires, ils peuvent être liés par un plan auquel ils n'ont pas souscrit (voir section IV.6, Plan de redressement).

c) Vérification des créances

152. Même si, dans la plupart des lois, il est prévu que le représentant de l'insolvabilité vérifie les créances invoquées par les créanciers, certaines lois n'imposent pas une telle vérification, à moins que la créance ne soit contestée. La vérification consiste non seulement à apprécier la légitimité de la créance et son montant, mais également à déterminer la catégorie dans laquelle elle doit être rangée aux fins du vote et de la répartition (créances garanties ou non, antérieures ou postérieures à l'ouverture de procédure, etc.).

d) Questions de procédure*i) Notification à adresser aux créanciers*

153. Selon la plupart des lois, tous les créanciers identifiés et identifiables sont en droit d'être informés des créances qui ont été déclarées. Une notification à cet effet peut leur être adressée à titre personnel ou par voie de publication dans des revues professionnelles appropriées. Le représentant de l'insolvabilité peut en outre être tenu d'établir une liste des créances, tant [admisses] [approuvées] que contestées, et de la déposer auprès du tribunal ou d'un autre organe administratif pour faciliter l'envoi de la notification aux créanciers qui ne se sont pas fait connaître et leur fournir des informations à jour sur l'état d'avancement de la procédure concernant [l'admission] [l'approbation] ou le rejet des créances contestées.

ii) Conditions applicables à la déclaration des créances

154. Pour faire en sorte que les créances soient déclarées en temps voulu en évitant ainsi que la procédure d'insolvabilité se prolonge indûment, il peut être utile de fixer des délais en vue de leur présentation au représentant de l'insolvabilité. Lorsque les créanciers ne respectent pas les délais, un traitement différent peut leur être appliqué. Ils peuvent être exclus de la distribution des dividendes ou de la répartition, ou bénéficier uniquement du partage des actifs restant après la vérification des créances.

155. Suivant certaines lois, le représentant de l'insolvabilité est habilité à vérifier les créances, les différends éventuels étant réglés par le tribunal. D'autres lois

laissent au tribunal le soin de vérifier toutes les créances et de trancher les différends. Suivant les législations, les créances sont susceptibles d'être contestées uniquement par le représentant de l'insolvabilité, ou par d'autres parties intéressées, y compris les créanciers. En pareil cas, un des moyens de régler cette question peut consister en un examen final, dans le cadre d'une assemblée des créanciers de la liste des créances, établie par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal. Lorsque des différends concernant les créances surgissent entre un créancier – ou le débiteur – et le représentant de l'insolvabilité, y compris en cas de litige sur les garanties ou les sûretés, il est essentiel de recourir à un mécanisme permettant de régler promptement de telles affaires pour assurer le bon déroulement de la procédure. Si le règlement des créances contestées ne fait pas l'objet de mesures rapides et efficaces, la faculté de contester une créance peut être un moyen de contrecarrer la procédure ou de la retarder indûment.

2. Droits du créancier (créances) – résumé

[...]

D. Comité des créanciers

1. Remarques générales

156. Les créanciers ont d'importants intérêts en jeu dans l'entreprise lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte. En règle générale, ces intérêts sont protégés par la nomination du représentant de l'insolvabilité. Cependant, des pouvoirs de décision peuvent être conférés aux créanciers dans divers secteurs clefs, tant en matière de liquidation que de redressement. Dans certaines lois, par exemple, ils sont habilités à relever le représentant de l'insolvabilité de ses fonctions, à approuver la vente privée de l'affaire en liquidation, à proposer et approuver un plan de redressement et à demander ou recommander qu'une décision judiciaire soit prise, telle que la conversion de la procédure de redressement en procédure de liquidation. Un rôle peut leur être confié en matière d'insolvabilité pour diverses raisons. En tant que partie intéressée au premier chef par l'issue de la procédure, il arrive qu'ils perdent confiance dans la façon dont elle se déroule lorsque les décisions essentielles sont prises par des personnes considérées comme n'ayant guère d'expérience, de compétences ou d'indépendance. En outre, ils sont souvent les mieux placés pour surveiller les faits et gestes du représentant de l'insolvabilité, ce qui permet de parer aux fraudes, aux abus et à des frais administratifs excessifs.

157. Lorsque les créanciers sont nombreux, la constitution d'un comité des créanciers peut être un moyen de faciliter leur participation à l'administration de la procédure, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement. Le comité des créanciers peut être chargé d'assumer toutes sortes de fonctions, consistant notamment à suivre le déroulement de l'affaire, à mener des consultations avec les autres parties prenantes, en particulier le représentant de l'insolvabilité et la direction de la société débitrice, et à informer le représentant de l'insolvabilité des desiderata de l'ensemble des créanciers. C'est envers le groupe des créanciers que le comité a des devoirs. En tant qu'organe représentatif, il n'a pas de comptes à rendre aux propriétaires de l'entreprise insolvable, ni d'obligation fiduciaire à leur égard.

a) Participation des créanciers au processus de décision

158. Les créanciers peuvent participer à des degrés divers au processus de décision. Dans certains systèmes, le représentant de l'insolvabilité prend toutes les décisions clés sur des questions générales non sujettes à contestation en matière d'administration et de liquidation, les créanciers jouant un rôle minime et n'exerçant guère d'influence. Une telle approche peut être très efficace lorsque la procédure est conduite par une personne chevronnée car elle permet d'éviter que les dispositions à prendre en vue de la participation des créanciers occasionne des contretemps. Cette façon de procéder est à préconiser dans les cas où le processus en question et l'intervention des différentes parties prenantes font l'objet d'une réglementation bien rodée. Certaines approches limitent la participation des créanciers en faisant la distinction entre la liquidation et le redressement, les créanciers étant autorisés à participer uniquement aux décisions à prendre sur la question de savoir si l'entreprise doit être liquidée ou redressée et au vote d'un plan de redressement.

159. D'autres approches permettent aux créanciers de participer davantage aux procédures. Dans certaines lois, ils peuvent, en cas de liquidation, choisir et remplacer le représentant de l'insolvabilité, approuver la poursuite temporaire des activités de l'entreprise par celui-ci et autoriser la vente privée des actifs. En matière de redressement, ils jouent parfois un rôle crucial en servant de mécanisme principal de contrôle des activités de l'entreprise (en particulier lorsque le système permet au débiteur de rester en possession après l'ouverture de la procédure) et du représentant de l'insolvabilité, ainsi qu'en proposant et en approuvant des plans de redressement. Ils peuvent aussi demander ou recommander l'intervention du tribunal, par exemple pour passer du redressement à la liquidation.

b) Créanciers devant être représentés

160. La composition des comités de créanciers peut faire l'objet de différentes approches. Dans plusieurs systèmes, même si le comité des créanciers représente en général uniquement les créanciers chirographaires, il est admis que, dans certains cas, un comité distinct des créanciers garantis s'avère justifié. Cette approche se fonde sur le fait que les intérêts de différentes catégories de créanciers ne convergent pas forcément et que la faculté laissée aux créanciers garantis de participer aux processus décisionnels du comité et d'en influencer éventuellement l'issue n'est pas nécessairement opportune et ne sert pas toujours les intérêts des autres créanciers. Quelques systèmes prévoient en revanche une représentation des autres catégories de créanciers au sein du même comité. Selon ces systèmes, exclusion du comité des créanciers garantis reviendrait à les empêcher de participer à la prise de décisions importantes. La participation des actionnaires de l'entreprise peut prêter à controverse, notamment dans les cas où le comité des créanciers est à même d'influer sur les droits des créanciers garantis ou lorsqu'ils interviennent dans la gestion de la société débitrice.

c) Constitution du comité des créanciers

161. Lorsque la loi prévoit la constitution d'un comité des créanciers, elle en précise souvent la composition, le domaine d'activité, les attributions et le mode de fonctionnement, y compris des questions telles que les droits de vote, le quorum et le déroulement des réunions, ainsi que le remplacement des membres. D'autres aspects peuvent aussi être envisagés, notamment les cas dans lesquels une contribution non seulement du comité des créanciers mais également de tous les

créanciers s'avère appropriée, de même que la façon de solliciter une telle contribution.

162. Pour faciliter le bon fonctionnement et le contrôle du comité, certaines lois sur l'insolvabilité spécifient le nombre de ses membres, qui doit de préférence être impair, en vue de permettre à un vote majoritaire. La qualité de membre est parfois réservée aux principaux créanciers chirographaires, considérés comme représentatifs de l'ensemble des créanciers. Ils peuvent être identifiés en demandant par exemple aux dirigeants de la société débitrice d'établir la liste des créanciers en question. Pour garantir le principe de l'égalité de traitement, les créanciers de différentes catégories, par exemple ceux dont les créances n'ont pas encore été approuvées, ainsi que les créanciers étrangers peuvent être admis à siéger au sein du comité.

163. Diverses modalités sont envisageables pour nommer ou sélectionner les représentants à admettre au sein du comité, soit que le représentant de l'insolvabilité les désigne, soit que les créanciers, avec l'accord du représentant de l'insolvabilité ou conformément aux dispositions de la loi, choisissent eux-mêmes les membres du comité à leur première réunion. Selon une autre approche, c'est au tribunal ou à un autre organe agréé qu'il appartient de nommer le comité des créanciers. Il peut être nécessaire de contrôler le comité pour veiller à ce qu'il s'acquitte de la responsabilité qui est la sienne de représenter de façon équitable les créanciers garantis: cette tâche peut être confiée au représentant de l'insolvabilité.

d) Obligations du comité des créanciers

164. Le comité peut assumer diverses fonctions: réunions périodiques avec le représentant de la l'insolvabilité pour prendre connaissance de la façon dont se déroule la procédure, y compris des propositions concernant la vente de différents actifs, l'exploitation d'une partie ou de la totalité des affaires du débiteur, ainsi que le suivi, l'abandon ou le règlement d'importants litiges; examen des créances; et négociation de propositions de redressement au nom des créanciers non titulaires de sûretés. Pour s'acquitter de ses fonctions, le comité peut avoir besoin d'une assistance administrative et spécialisée. La loi lui donne dans certains cas la possibilité de demander au représentant de l'insolvabilité l'autorisation de recruter un ou une secrétaire et, si les circonstances l'exigent, des consultants et spécialistes dont les services seront imputés sur la masse de l'insolvabilité.

e) Modalités de vote des créanciers

165. Lorsque les mesures prises dans le cadre de la procédure sont susceptibles d'avoir des conséquences non négligeables pour l'ensemble des créanciers, il est souhaitable qu'ils en soient tous avisés et qu'ils aient la possibilité de s'exprimer par un vote à ce sujet. Différentes approches peuvent être adoptées à cet égard, en fonction de la nature de la question en jeu. Suivant certaines lois, le vote se déroule au cours d'une réunion de créanciers; dans d'autres cas, lorsque les créanciers sont trop nombreux ou ne résident pas sur place, il peut avoir lieu par correspondance ou par procuration.

166. Concernant le mode de scrutin requis, une majorité renforcée – des trois quarts ou des deux tiers – des créanciers (calculée en fonction de la valeur de leurs créances) est, selon certaines lois, considérée comme suffisante pour engager tous les créanciers. Dans d'autres cas, la loi dispose qu'une majorité simple suffit pour des questions telles que l'élection ou le renvoi du représentant de l'insolvabilité. Certaines lois autorisent les créanciers garantis à participer uniquement au vote sur

des questions déterminées, dont la sélection du représentant de l'insolvabilité et celles qui touchent leur garantie.

2. Comités des créanciers – résumé

[...]

E. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Remarques générales

167. La poursuite des activités de l'entreprise est essentielle à son redressement. Pour en faciliter la continuation, il importe que le représentant de l'insolvabilité [ou le débiteur] puisse obtenir des crédits pour payer les biens et les services dont l'entreprise a absolument besoin et maintenir l'activité commerciale. La loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité de prêts de ce type, postérieurs à l'ouverture de la procédure, les autoriser et en prévoir le remboursement à titre prioritaire. La question majeure réside dans la portée d'une telle autorisation, notamment les incitations que le représentant de l'insolvabilité peut offrir à un créancier éventuel en vue d'obtenir un crédit. Dans la mesure où la solution adoptée influe sur les droits des créanciers garantis qui se sont déjà fait connaître, ou de ceux qui détiennent un droit réel sur les actifs antérieur dans le temps, il est souhaitable que les dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure soient mises en balance avec le principe général du soutien à apporter aux transactions commercialement avantageuses et avec la nécessité de protéger les droits et priorités des créanciers.

168. De nombreuses lois permettent au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un crédit non garanti sans l'approbation du tribunal ou des créanciers, alors que d'autres exigent une telle approbation dans certaines circonstances. Le crédit peut aussi être obtenu moyennant la constitution d'une sûreté sur un bien non grevé ou d'une sûreté de deuxième rang sur un bien grevé. Lorsque ces incitations ne sont pas suffisantes, ou ne peuvent pas être proposées, diverses approches sont envisageables pour l'obtention du crédit nécessaire. Les prêteurs antérieurs s'intéresseront de près aux sûretés accordées pour garantir des prêts postérieurs à l'ouverture de la procédure, au regard de la priorité de leur propre sûreté sur toute sûreté accordée ultérieurement. Dans certains régimes d'insolvabilité, les parties qui consentent des prêts à l'entreprise après l'ouverture de la procédure ont droit à un remboursement prioritaire, avant tous les créanciers. Un tel privilège pèse en fait sur l'ensemble de la masse et des actifs. Une autre forme de priorité est le privilège d'administration (voir section V.1, Priorités de répartition), qui accorde une priorité de remboursement sur l'ensemble des créanciers chirographaires, mais non sur un créancier garanti par rapport à la valeur de sa garantie. Selon une approche intermédiaire, les prêteurs et les fournisseurs de marchandises sont autorisés à constituer une sûreté sur les actifs, garantis ou non, du débiteur. Certains pays autorisent également le représentant de l'insolvabilité à accorder un "superprivilège" d'administration, autrement dit un droit de préférence à tous les créanciers titulaires de créances d'administration. Une approche extrême consiste à autoriser la constitution d'une sûreté assortie d'un "superprivilège" supérieur à toutes les sûretés existantes. Dans certains systèmes juridiques, toutes ces options sont disponibles. Certaines lois laissent au représentant de l'insolvabilité le soin

d'approuver de tels privilèges, alors que d'autres exigent suivant les cas l'agrément du tribunal ou des créanciers.

2. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure – résumé

[...]

F. Plans de redressement

1. Remarques générales

169. Les lois sur l'insolvabilité abordent divers aspects de la formulation d'un plan de redressement, notamment la question de savoir quand le plan doit être élaboré, qui peut s'en charger, quelles sont les dispositions à y inclure, comment le plan doit être approuvé et quels en sont les effets.

a) Élaboration d'un plan

170. Certaines lois partent du principe que le plan de redressement fait partie du dossier de demande d'ouverture de la procédure (lorsque la demande peut être appelée "proposition" de redressement), alors que d'autres en prévoient l'élaboration après l'ouverture de la procédure de redressement.

171. Différentes parties intervenant dans la procédure de redressement peuvent être chargées d'établir un plan. Selon certaines lois sur l'insolvabilité, c'est au débiteur qu'incombe cette tâche. Une telle démarche peut avoir l'avantage d'encourager les débiteurs à mettre à profit la procédure de redressement et à tirer parti de la connaissance qu'ils ont de leur entreprise et des mesures nécessaires pour la rendre à nouveau viable. Cette possibilité peut leur être accordée à titre exclusif, ou pour une période déterminée, le tribunal étant habilité à en prolonger la durée si cela s'avère avantageux pour la procédure de redressement.

172. Du fait que le plan ne peut réussir que s'il est approuvé par la majorité requise des créanciers, il y a toujours un risque que le redressement échoue si le plan présenté par le débiteur n'est pas acceptable. Il se peut par exemple que les créanciers souhaitent uniquement approuver un plan qui prive les actionnaires de la société débitrice d'une participation majoritaire au capital et retire en outre à la direction en place toute responsabilité en matière de gestion. Si le débiteur est le seul à pouvoir établir le plan et refuse d'envisager une telle formule, le redressement risque d'être voué à l'échec, au détriment des créanciers, des salariés et de l'entreprise. Pour parer à une telle éventualité, certaines lois sur l'insolvabilité disposent que, si le débiteur ne présente pas un plan acceptable, les créanciers ont la faculté de proposer leur propre plan à la fin de la période où le débiteur en avait l'exclusivité. Ils peuvent le faire par l'intermédiaire d'un comité des créanciers (section IV.4, Comité des créanciers). Cette option donne souvent à un participant (les créanciers) les moyens de pression nécessaires pour persuader l'autre participant (le débiteur) de transiger.

173. Une autre approche consisterait à fournir au représentant de l'insolvabilité une occasion d'élaborer le plan, en tant que solution de rechange ou en complément à la formule consistant à laisser le débiteur ou les créanciers s'en charger. L'importance de la participation à prévoir pour le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers

est fonction de la façon dont la loi est conçue. Dans les cas où le plan prend effet uniquement après avoir été approuvé par la majorité requise des créanciers, un texte tenant compte de propositions acceptables par ces derniers a plus de chances d'être approuvé qu'un texte qui n'en tient pas compte. Cet élément n'entre pas en jeu lorsque la loi dispose que l'agrément des créanciers n'est pas nécessaire ou peut être infirmé par le tribunal. Lorsque plusieurs parties ont la possibilité de contribuer à l'établissement d'un plan, l'élaboration simultanée de plusieurs plans peut compliquer le processus, ou au contraire faciliter l'établissement d'un plan acceptable par toutes les parties.

174. Selon certaines lois, le tribunal prend en considération les avis formulés par des tiers, comme des organismes gouvernementaux ou des syndicats, au sujet du plan. Étant donné qu'une telle procédure peut faire traîner les choses, elle s'avère souhaitable uniquement si elle fait l'objet d'un suivi minutieux et si des délais sont fixés.

b) Contenu du plan

175. Dans la plupart des pays, la loi exige que le plan de redressement informe tous les partenaires d'une manière suffisante et claire tant sur la situation financière de l'entreprise que sur la transformation de certains droits proposée par l'initiateur du plan. La question du contenu du plan est étroitement liée à celle de son approbation et de ses effets. Dans la mesure où un plan peut être approuvé et exécuté malgré l'opposition de certains créanciers, il peut être nécessaire de prévoir dans le plan une protection suffisante à leur égard.

176. Le contenu du plan soulève également des questions liées à d'autres dispositions juridiques. Par exemple, dans la mesure où le droit des sociétés, au niveau national, interdit certaines opérations comme la conversion de créances en prises de participation, un plan comportant un tel dispositif ne pourrait pas être approuvé. Comme des mesures de ce type peuvent jouer un rôle important dans l'opération de redressement, il faudrait lever l'interdiction si des dispositions à cet effet doivent être incluses dans le plan et approuvées. De même, si le plan se limite à une remise de dette ou à un rééchelonnement des créances, il risque de ne pas recevoir un appui suffisant de la part des créanciers pour aboutir. Certains dossiers d'insolvabilité soulèvent ainsi des questions relativement simples et peu controversées concernant les relations entre la législation de l'insolvabilité et d'autres lois, alors que d'autres posent des problèmes plus complexes. Il s'agit par exemple des restrictions aux investissements étrangers, en particulier dans les cas où de nombreux créanciers sont des non-résidents, ou du régime applicable aux salariés en vertu de la législation du travail pertinente, dans les cas où le redressement implique éventuellement une modification des conventions collectives.

c) Approbation et effets du plan

177. Les dispositions de la loi qui ont trait à l'approbation et aux effets du plan doivent concilier divers éléments antagoniques. D'une part, il peut être souhaitable de trouver un moyen d'imposer un plan convenu à une minorité de créanciers dissidents en vue d'accroître les chances de succès du redressement. De l'autre, dans la mesure où la procédure d'approbation a pour effet de porter largement atteinte aux droits des créanciers sans qu'ils y aient consenti, ceux-ci risquent de n'être guère disposés à accorder des crédits par la suite.

i) *Créances garanties et créances prioritaires*

178. L'approbation du plan par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires peut faire l'objet de différentes approches. Dans de nombreux cas, les créances garanties représentent une part importante de la dette du débiteur. Or, là où la loi veille à ce que le plan approuvé n'interdise pas aux créanciers garantis d'exercer leurs droits, il n'est généralement pas nécessaire de leur accorder un droit de vote, car leurs intérêts ne risquent pas de pâtir de l'application du plan. Les créanciers prioritaires sont, à cet égard, dans une situation analogue: le plan ne peut amoindrir la valeur de leurs créances et ils sont en droit d'être intégralement remboursés. L'inconvénient de cette approche tient au fait qu'elle peut réduire les chances de succès du redressement, d'autant que les actifs qui garantissent la créance sont parfois essentiels à la réussite du plan: si le créancier garanti décide de faire valoir ses droits, il risque alors d'être impossible d'exécuter le plan. De même, pour que le plan porte ses fruits, il se peut que les créanciers prioritaires doivent accepter de recevoir un montant inférieur à la valeur de leurs créances.

179. Une solution permettant d'aplanir certaines de ces difficultés consiste à permettre aux créanciers garantis et aux créanciers prioritaires de se prononcer séparément sur un plan qui risquerait autrement de porter atteinte à la valeur de leurs créances. Le classement en catégories tient compte du fait que les droits et les intérêts respectifs de ces créanciers diffèrent de ceux des créanciers chirographaires. Dans la mesure où une majorité se prononce en faveur du plan, tant dans la catégorie des créanciers garantis que dans celle des créanciers prioritaires, tous seront liés par les conditions prévues dans le plan. En pareil cas, les lois stipulent généralement que les créanciers qui se sont prononcés contre le plan recevront un montant au moins égal à celui qu'ils auraient obtenu en cas de liquidation.

ii) *Créanciers chirographaires*

180. Même si les créanciers garantis ou les créanciers prioritaires n'ont pas à s'exprimer, il est souhaitable que les créanciers chirographaires aient réellement les moyens de se prononcer par un vote au sujet du plan. Différents mécanismes peuvent être employés.

181. *Majorité requise.* Certaines lois déterminent le seuil minimum d'appui qui est requis des créanciers chirographaires pour que ceux-ci soient liés par le plan, ainsi que les procédures de vote à appliquer pour mesurer cet appui. Un des aspects importants concerne la façon dont les voix sont comptabilisées, l'appui en faveur du plan pouvant être calculé en fonction du seul pourcentage de la valeur de la dette ou bien compte tenu aussi du nombre de créanciers favorables. Certaines lois exigent par exemple que le plan bénéficie d'un soutien correspondant aux deux tiers de la valeur de la dette et à la moitié du nombre des créanciers. D'autres formules sont également appliquées. Même s'il est ainsi plus difficile de faire approuver le plan, une telle procédure peut se justifier dans la mesure où elle préserve le caractère collectif de l'opération. Dans le cas où un seul créancier détient plus de la moitié de la valeur des créances, une règle de ce type l'empêche d'imposer le plan à tous les autres créanciers contre leur gré.

182. Concernant les procédures de vote, de nombreux pays retiennent la méthode consistant à déterminer l'appui requis en pourcentage des voix exprimées, en considérant que les absents ne s'intéressent guère à la procédure. Pour appliquer une

telle méthode, il faut prévoir des dispositions satisfaisantes en matière de notification et les appliquer effectivement, notamment lorsque les créanciers sont des non-résidents.

183. *Catégories.* Certains des pays qui font la distinction entre créanciers garantis et créanciers prioritaires classent également les créanciers chirographaires par catégorie. Le fait de créer des catégories vise à améliorer les perspectives de l'opération de redressement sur trois plans: en déterminant les intérêts économiques propres aux différents créanciers garantis, en prévoyant un cadre pour structurer les dispositions du plan et en offrant au tribunal un moyen de tirer parti de l'appui majoritaire requis d'une catégorie de créanciers pour rendre le plan obligatoire pour d'autres catégories alors qu'elles y sont opposées.

184. *Faculté d'imposer le plan à des catégories de créanciers opposants.* Tout en prévoyant une procédure de vote pour les créanciers garantis et les créanciers prioritaires et en distinguant différentes catégories de créanciers chirographaires, quelques pays disposent en outre d'un mécanisme (clause dite de "crawm-down") grâce auquel l'appui d'une catégorie permettra de conférer au plan un caractère obligatoire à l'égard d'autres catégories (y compris celles des créanciers garantis et des créanciers prioritaires) sans leur consentement. Les divisions par catégorie et l'établissement de telles règles sont une source de complexité pour la loi et pour son application par le représentant de l'insolvabilité et le tribunal: en l'occurrence, il peut s'avérer nécessaire d'user d'un large pouvoir discrétionnaire sur des questions d'ordre économique, dont le classement des créanciers chirographaires en catégories par le tribunal en fonction de leurs intérêts économiques. S'il n'est pas exercé en connaissance de cause, en toute indépendance et de façon prévisible, un tel pouvoir risque d'entamer la confiance des créanciers.

185. *Actionnaires.* Dans certaines lois, le plan doit être soumis à l'approbation des actionnaires ou associés, du moins lorsqu'il aura des incidences sur la forme sociale, la structure financière ou la répartition du capital. Au demeurant, lorsque la direction de l'entreprise propose un plan, il se peut que ses dispositions aient déjà été approuvées par les actionnaires (en fonction de l'entreprise, cette condition peut être imposée par les statuts). Tel est souvent le cas lorsque le plan touche directement les actionnaires parce qu'il suppose des conversions de créances en prises de participation, soit par le transfert de parts de capital existantes, soit par la création de nouvelles parts ou actions.

186. Dans les cas où la loi autorise les créanciers ou le représentant de l'insolvabilité à proposer un plan qui envisage une conversion de créances en prises de participation, celui-ci peut, dans certains pays, être approuvé malgré l'opposition des actionnaires, indépendamment des dispositions des statuts de l'entreprise. De ce fait, les actionnaires en place peuvent être, contre leur gré, totalement évincés.

187. *Agrément du tribunal.* Le tribunal est en principe censé approuver un plan qui a été adopté par la majorité requise des créanciers. De nombreux pays confèrent un rôle actif aux tribunaux en leur permettant de faire exécuter le plan à l'encontre de telle ou telle catégorie de créanciers dans des cas où ceux-ci ne l'ont pas approuvé. Inversement, lorsque le plan a été approuvé par la majorité requise des créanciers, le tribunal a en principe compétence pour le rejeter au motif qu'il ne protège pas suffisamment les intérêts de créanciers opposants (par exemple s'ils se trouvent

lésés par rapport à ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation) ou qu'il est démontré qu'il y a eu fraude dans le processus d'approbation.

188. Certaines lois laissent également au tribunal la possibilité de rejeter un plan considéré comme non réalisable. Cela peut se justifier par exemple dans les cas où le plan ne s'impose pas aux créanciers garantis et ne prévoit pas le total apurement de leurs créances garanties. Le tribunal peut en pareil cas écarter le plan s'il considère que les créanciers garantis feront valoir leurs droits sur la garantie, ce qui rendrait le plan impossible à exécuter. Une telle éventualité peut être envisagée dans les dispositions relatives à l'élaboration et à l'approbation du plan.

189. Dans plusieurs pays, le tribunal est en outre chargé de contrôler en permanence le débiteur après l'agrément et la confirmation du plan, jusqu'à ce que celui-ci soit mené bien. Un tel dispositif peut s'avérer important en cas de problèmes d'interprétation touchant au comportement ou aux obligations du débiteur ou d'autres parties.

[Note au Groupe de travail:

Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il convient d'aborder les aspects ci-après en matière de redressement –

a) Rôle du plan de redressement: le plan doit-il être considéré comme le point d'orgue de la procédure de redressement, prévoyant le versement d'un dividende pour solde de tout compte (autrement dit le concordat), ou définit-il la façon dont le débiteur et l'entreprise commerciale doivent être traités pendant la période de redressement, auquel cas il est établi au début de la procédure?

b) Un plan de redressement peut-il être également établi en cas de liquidation?

c) Dispositions minimales du plan de redressement: répartition des fonds et poursuite ou résiliation des contrats qui n'ont pas été entièrement exécutés et des baux qui ne sont pas venus à expiration, règlement des créances, vente du bien grevé, dividende minimal à verser aux créanciers, procédure d'information et d'acceptation, droits liés aux créances contestées en matière de participation au vote et dispositions à prendre à l'égard de ces créances, droits de vote et pouvoirs des personnes liées à la société ("initiés) et restrictions quant au contenu du plan;

d) Modification du plan de redressement;

e) Passage à la liquidation lorsque le plan n'est pas approuvé ou ne peut être exécuté;

f) Contraintes pesant sur le plan de redressement;

g) Contrôle de l'exécution du plan de redressement;

h) Remise des dettes;

i) Arrêt de la procédure.]

2. Plans de redressement – résumé

[...]

V. Liquidation et répartition

Ordre à établir aux fins de la répartition

1. Remarques générales

190. En vue d'établir un ordre de préférence pour la répartition du produit de la masse en liquidation (collocation), de nombreuses lois se fondent sur le principe général d'un classement des créanciers par catégorie qui tient compte de leurs relations tant juridiques que commerciales avec le débiteur. En conciliant les unes et les autres, l'objectif est de sauvegarder les intérêts commerciaux légitimes et de conférer un caractère prévisible aux relations commerciales. Même si les politiques de répartition sont fonction de choix qui prennent en considération d'importants intérêts publics, ceux-ci entrent souvent en concurrence avec des intérêts privés et peuvent entraîner une distorsion des incitations commerciales normales.

a) Créanciers garantis

191. Le mode de répartition applicable aux créanciers garantis dépend de la méthode employée pour les protéger durant la procédure. Si leurs intérêts ont été protégés en préservant la valeur de la garantie, ils auront une créance de premier rang sur le produit de la vente du bien grevé à concurrence de la valeur de la créance garantie. Si la valeur de la partie garantie de la créance a été fixée à la date de l'ouverture de la procédure, le créancier aura une créance de premier rang sur le produit de la liquidation pour ce qui est de la valeur en question. Il est souhaitable de limiter les exceptions à la règle du premier rang. Une exception peut être prévue dans le cas des dépenses d'administration liées à l'entretien du bien grevé.

b) Créances d'administration

192. La procédure d'insolvabilité nécessite dans bien des cas l'assistance de professionnels, tels que le représentant officiel de l'insolvabilité et les conseillers du débiteur ou du représentant de l'insolvabilité. Les comités de créanciers peuvent également avoir des frais à supporter. Toutes les dépenses afférentes à la procédure d'insolvabilité bénéficient souvent de la priorité absolue – en tant que créances d'administration – sur d'autres créances, et sont souvent traitées différemment des autres créances, en vue de rémunérer convenablement les parties s'occupant de la procédure d'insolvabilité. De telles dépenses peuvent englober un grand nombre, voire la totalité des dettes postérieures à l'ouverture de la procédure, qu'il s'agisse des honoraires de professionnels à la charge du débiteur, du représentant de l'insolvabilité et du comité des créanciers, ou des créances salariales, des frais de location et autres créances postérieures analogues.

c) Créanciers privilégiés

193. Une fois que les créances garanties et les dépenses d'administration ont été réglées, les moyens permettant de répartir les ressources disponibles varient considérablement suivant les pays. Les lois sur l'insolvabilité distinguent souvent des droits prioritaires, autrement dit des droits attribués, en vertu de la législation intérieure, à certaines dettes (principalement des dettes non garanties) qui doivent

être réglées avant d'autres dettes non garanties et non privilégiées (ou moins privilégiées). Dans plusieurs pays, des droits prioritaires tels que les créances salariales passent avant ceux de créanciers garantis. De tels droits vont à l'encontre du principe de la répartition *pari passu* et s'exercent au détriment des dettes ordinaires non garanties. Les types de privilèges varient d'un pays à l'autre, mais on distingue le plus souvent deux catégories. La première correspond aux traitements et prestations sociales des salariés (créances au titre de la sécurité sociale et des pensions) et la seconde aux créances fiscales. Certaines lois récemment adoptées en matière d'insolvabilité ont sensiblement réduit le nombre des droits prioritaires, faisant apparaître une évolution dans la façon dont le principe d'un traitement préférentiel est considéré par la population, mais les types de dettes bénéficiant d'une priorité ont tendance à se multiplier dans d'autres pays. Le fait de définir toutes sortes de positions préférentielles pour différents types de créances peut être une source de complications au regard des objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité et risque de nuire à l'efficacité et à l'utilité du processus, en créant du même coup des inégalités et, en cas de redressement, en rendant l'élaboration du plan encore plus complexe.

d) Créanciers chirographaires

194. Après l'apurement des créances de tous les créanciers privilégiés, le solde de la masse est distribué, au prorata de leurs créances, aux créanciers chirographaires. Cette catégorie de créanciers peut comporter des subdivisions, certaines créances étant considérées comme subordonnées. Certains pays subordonnent des créances telles que les gratifications, les amendes et pénalités, les prêts des porteurs de parts et les intérêts échus postérieurement à la demande d'ouverture de la procédure sur des créances non garanties, tandis que dans d'autres pays, de telles créances sont exclues.

e) Propriétaires

195. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, les propriétaires de l'entreprise ne sont, en règle générale, pas inclus dans la répartition du produit de la liquidation des actifs, tant que les créanciers qui passent avant dans l'ordre de priorité n'ont pas été intégralement remboursés. Ces dispositions peuvent donner lieu ou non au versement d'intérêts. Lorsqu'il est procédé à une distribution, elle sera opérée en fonction des rangs respectifs des parts de capital, spécifiés dans le droit des sociétés et les statuts de l'entreprise.

f) Mode de répartition

196. Dans les systèmes où des créances privilégiées de priorité égale sont traitées sur un pied d'égalité après le paiement des dépenses afférentes à la procédure d'insolvabilité, elles sont réglées dans leur intégralité à moins que les actifs destinés à les rembourser ne soient insuffisants, auquel cas elles seraient réduites dans des proportions égales en fonction de leur rang. Ainsi, les créances d'un même rang de priorité seraient réglées intégralement avant que celles du rang suivant puissent être apurées. Une fois atteint un rang de priorité auquel les fonds sont insuffisants pour payer intégralement tous les créanciers, un partage est effectué entre eux, au prorata de leurs créances. Dans certaines lois qui ne prévoient pas un ordre de priorité, tous les créanciers se partagent le produit de la liquidation au prorata de leurs créances

s'ils ne peuvent être intégralement payés avec les fonds disponibles. Il peut être souhaitable de prévoir, dans le cadre de la procédure de redressement, le règlement intégral des créances prioritaires en tant que condition *sine qua non* de la confirmation du plan à moins que les créanciers prioritaires touchés ne conviennent d'autres dispositions.

197. [Le plan de redressement peut envisager un ordre de priorité différent de celui qui est prévu par la loi sur l'insolvabilité, à condition qu'une telle modification ait été approuvée par les créanciers appelés à se prononcer par un vote au sujet du plan.]

2. Répartition – résumé

198. Le montant à répartir entre les créanciers serait distribué dans l'ordre suivant:

- a. [Créances garanties]
- b. Frais et émoluments liés à la nomination, aux obligations et aux fonctions du représentant de l'insolvabilité
- c. Dépenses d'administration
- d. [Autres créances approuvées].

199. Les droits prioritaires peuvent être [maintenus dans le cas des créances salariales et d'autres créanciers privilégiés] [réduites au minimum].

200. Les créances classées dans chacune de ces catégories occupent le même rang de priorité les unes vis-à-vis des autres. Toutes les créances d'une catégorie donnée seraient intégralement réglées avant la catégorie suivante. Si les fonds ne sont pas suffisants pour les régler dans leur intégralité, le paiement sera effectué au prorata.