Nations Unies A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10

Assemblée générale

Distr.: Limitée
24 septembre 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Vingt-septième session
Vienne, 9-13 décembre 2002

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

Table des matières

[L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 9; les sections C et D du chapitre IV et les chapitres V à VII dans les additifs suivants]

Deuxième partie (*suite*)	*Paragraphes*	*Page*
IV. Participants et institutions		2
A. Débiteur	203-230	2
1. Introduction	203	2
2. Poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice	204-216	3
3. Droits du débiteur	217-219	7
4. Obligations du débiteur	220-229	7
5. Responsabilité du débiteur	230	10
Recommandations	(89)-(95)	11
B. Représentant de l'insolvabilité	231-259	13
1. Introduction	231-252	13
2. Qualifications	233-238	14

V.02-58008 (F) 151102 181102

		Paragraphes	*Page*
3.	Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité	239-241	15
4.	Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité	242-243	16
5.	Confidentialité	244	18
6.	Rémunération du représentant de l'insolvabilité	245-251	18
7.	Obligation de diligence [Responsabilité]	252-254	20
8.	Mandataires du représentant de l'insolvabilité	255-257	21
9.	Révocation du représentant de l'insolvabilité	258	21
10.	Remplacement du représentant de l'insolvabilité	259	22
Recommandations		(96)-(105)	22

Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.
Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 et auxquelles des ajouts – indiqués par un soulignement dans le présent document – ont été apportés.

Deuxième partie (*suite*)

IV. Participants et institutions

A. Débiteur

1. Introduction

203. S'agissant du rôle dévolu au débiteur après l'ouverture de la procédure, les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches, faisant généralement une distinction entre liquidation et redressement. Une participation du débiteur aux activités de gestion sera d'autant plus nécessaire que l'entreprise doit être maintenue (soit pour être cédée dans le cadre d'une liquidation soit pour être redressée). Le débiteur aura aussi un rôle à jouer en aidant le représentant de l'insolvabilité à remplir ses fonctions et en fournissant à ce dernier et au tribunal des informations sur son entreprise. Il aura également certains droits. Pour garantir le bon déroulement de la procédure et apporter une certaine sécurité aux parties intéressées, il est souhaitable que la législation sur l'insolvabilité définisse l'étendue des droits et obligations du débiteur.

2. Poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice

a) Liquidation

204. [152] 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 (voir deuxième partie, chapitre III.B), mais également contre l'entreprise débitrice ou ses dirigeants ou propriétaires[1] C'est pourquoi de nombreuses lois sur l'insolvabilité dessaisissent le débiteur de tout droit de contrôler les biens et de gérer et d'exploiter l'entreprise en liquidation, un représentant de l'insolvabilité étant nommé pour assumer l'ensemble de ces responsabilités à sa place. Le débiteur peut donc perdre, outre les pouvoirs liés à l'utilisation et à la disposition des biens, le droit d'agir en demande ou en défense au nom de la masse et le droit de recevoir tous paiements lui étant destinés. Après l'ouverture de la procédure de liquidation, [153] toute opération sur des biens de la masse ou tout transfert de ces biens effectués sans l'autorisation du représentant de l'insolvabilité, du tribunal ou des créanciers (selon le cas) seront généralement nuls (ou susceptibles d'annulation) et les biens transférés (ou leur valeur) susceptibles d'être recouvrés au profit de la masse de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III.D.7 et E.8).

205. [153] Lorsqu'il est établi que le moyen le plus efficace de liquider la masse est de céder l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, certaines législations prévoient que le représentant de l'insolvabilité doit superviser et contrôler l'ensemble des activités du débiteur, lequel est autorisé à accroître la valeur de la masse et à faciliter la vente des biens en continuant de l'aider et de le conseiller. Cette solution peut se justifier par le fait que le débiteur connaît bien son entreprise ainsi que le marché ou le secteur d'activités correspondant et qu'il entretient une relation suivie avec les créanciers, les fournisseurs et les clients. Suivant l'étendue du contrôle qu'il exerce sur les activités du débiteur, le représentant de l'insolvabilité peut être tenu responsable des actes illicites commis par le débiteur pendant la période où il exerce ce contrôle (voir deuxième partie, chapitre IV.B.7).

b) Redressement

206. [154] S'agissant de la procédure de redressement, les avis sont partagés sur la question de savoir dans quelle mesure le dessaisissement du débiteur est la solution la plus appropriée et, en cas de dessaisissement partiel, quel rôle celui-ci peut encore jouer. Ce rôle peut dépendre en grande partie de la bonne foi du débiteur durant la procédure et sera donc d'une utilité discutable en cas de mauvaise foi. Il peut aussi parfois dépendre de la manière dont la procédure a été ouverte, c'est-à-dire soit par le débiteur soit par les créanciers, et dans ce dernier cas le débiteur risque de se montrer peu coopératif voire hostile.

---

[1] Étant donné que la loi sur l'insolvabilité vise différents types d'entreprises, qu'il s'agisse de personnes physiques, de sociétés en participation ou d'une autre forme de société, il convient de se demander à propos du maintien du débiteur dans ses fonctions quel sera le rôle des dirigeants ou des propriétaires de l'entreprise débitrice selon les circonstances. Pour plus de commodité, le Guide parle uniquement du "débiteur" ou de l'"entreprise débitrice", ces termes étant toutefois censés désigner la direction et les propriétaires de l'entreprise, le cas échéant.

i) Avantages et inconvénients du maintien du débiteur dans ses fonctions

207. Le maintien du débiteur dans ses fonctions peut présenter plusieurs avantages. [154] Le débiteur aura souvent une connaissance directe et intime des affaires de l'entreprise et du secteur d'activité dans lequel elle opère. Cette connaissance est particulièrement importante dans le cas des entreprises individuelles et des sociétés en participation de petite taille et peut, si l'activité doit être poursuivie, justifier qu'on laisse le débiteur intervenir dans la prise des décisions de gestion à court terme et au jour le jour. Elle peut également permettre au représentant de l'insolvabilité d'exercer ses fonctions avec une compréhension plus directe et plus complète du fonctionnement de l'entreprise débitrice. Pour des raisons analogues, le débiteur est souvent bien placé pour proposer un plan de redressement susceptible d'être approuvé par les créanciers et le tribunal. En pareils cas, son dessaisissement total, indépendamment de sa part de responsabilité dans les difficultés financières de l'entreprise, non seulement peut décourager l'esprit d'entreprise et la prise de risques en général et dissuader les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure de redressement à un stade précoce mais risque également de compromettre les chances de succès de ce type de procédure.

208. [155] S'il est souhaitable que le débiteur continue de jouer un rôle, on doit peut-être aussi tenir compte d'un certain nombre d'inconvénients éventuels. Il se peut que les créanciers ne lui fassent pas confiance en raison des difficultés financières de l'entreprise (et de la part de responsabilité qu'il peut avoir dans cette situation), confiance qui devra donc être rétablie si l'on veut redresser l'entreprise avec succès. Le fait de permettre au débiteur de continuer à exploiter l'entreprise sans contrôle suffisant sur ses pouvoirs risque d'exacerber non seulement la méfiance mais également l'hostilité des créanciers. Un système perçu comme étant trop favorable au débiteur peut amener les créanciers à se désintéresser de la procédure et à refuser d'y participer, ce qui peut alors rendre difficile la surveillance de la conduite du débiteur lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que cette surveillance soit exercée par les créanciers. Il peut aussi favoriser les conflits dans la procédure d'insolvabilité, ce qui ne ferait qu'accroître les dépenses et les retards. Un débiteur peut avoir ses propres projets, qui sont incompatibles avec les objectifs du régime de l'insolvabilité et, en particulier, avec l'objectif de maximisation des sommes recouvrées au profit des créanciers. Son but prioritaire peut être, par exemple, de faire le nécessaire pour ne pas perdre le contrôle de son entreprise et non de maximiser la valeur de ses biens au profit des créanciers. En outre, pour réussir, la procédure de redressement peut exiger non seulement que l'on apporte des changements auxquels le débiteur n'est peut-être pas favorable mais également que celui-ci ait les connaissances et l'expérience lui permettant d'utiliser la loi sur l'insolvabilité pour remédier à ses difficultés financières. Un autre facteur dont il faut tenir compte est le caractère volontaire ou involontaire de la procédure (le débiteur pouvant se montrer dans le second cas hostile envers les créanciers).

209. [161] S'agissant du rôle joué par le débiteur, plusieurs lois sur l'insolvabilité font une distinction entre, d'une part, la période allant de l'ouverture de la procédure à l'approbation du plan de redressement et, d'autre part, la période postérieure à cette approbation. Pour ce qui est de la première, ces lois énoncent des règles précises concernant la possibilité pour le débiteur de gérer et de contrôler l'activité de l'entreprise au jour le jour et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité indépendant. Pour la seconde, elles prévoient la levée des restrictions

applicables à la gestion et au contrôle de l'entreprise par le débiteur et confient à ce dernier l'exécution du plan ainsi approuvé.

210. [156] Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions pour concilier les avantages et inconvénients décrits plus haut. Ces solutions vont du dessaisissement du débiteur, qui est remplacé par un représentant de l'insolvabilité, à son maintien à la tête de l'entreprise avec une supervision minimale, en passant par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité exerçant une surveillance plus ou moins stricte des dirigeants maintenus dans leurs fonctions.

ii) Solutions possibles – dessaisissement total du débiteur

211. [156] Cette première solution consiste, comme dans la liquidation, à retirer tout contrôle de l'entreprise au débiteur et à nommer un représentant de l'insolvabilité chargé de gérer l'entreprise à sa place. Comme on l'a vu plus haut, toutefois, ce dessaisissement total peut désorganiser l'entreprise et nuire à son fonctionnement à un stade critique de sa survie.

iii) Solutions possibles – supervision du débiteur par le représentant de l'insolvabilité

212. [157] Une solution intermédiaire consiste à répartir le contrôle de l'entreprise de différentes manières entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, ce qui implique généralement une supervision plus ou moins stricte du premier par le second. Le représentant de l'insolvabilité peut, par exemple, superviser dans l'ensemble les activités du débiteur et approuver les opérations importantes, tandis que le débiteur continue d'exploiter l'entreprise et de prendre les décisions au jour le jour. Cette solution devra sans doute être étayée par des règles relativement précises pour que la division des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur soit claire et que l'on sache avec certitude la façon dont le redressement sera opéré. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent, par exemple, que certaines opérations – comme contracter de nouvelles dettes, transférer ou nantir des biens et octroyer des droits d'utilisation des biens de la masse – peuvent être réalisées sans l'autorisation du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal à condition qu'elles entrent dans le cours normal des activités de l'entreprise, une autorisation étant requise dans le cas contraire. La surveillance de la trésorerie de l'entreprise débitrice peut être un moyen supplémentaire de superviser le débiteur et ses opérations. Si celui-ci ne respecte pas les restrictions prévues et conclut des contrats sans obtenir d'abord l'autorisation requise, il faudra peut-être que la législation sur l'insolvabilité aborde la question de la validité de telles opérations et prévoie des sanctions appropriées. Une loi sur l'insolvabilité, par exemple, autorise dans ce cas le tribunal à abandonner purement et simplement la procédure. L'opportunité d'une telle mesure dépendra peut-être du caractère volontaire ou involontaire de la procédure.

213. Les lois sur l'insolvabilité qui énumèrent les opérations soumises à autorisation tracent une ligne de partage relativement claire entre les tâches du débiteur et celles du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal. Un certain nombre d'entre elles autorisent en outre le représentant de l'insolvabilité à exercer un contrôle accru sur la masse de l'insolvabilité et la gestion de l'entreprise au jour le jour si cela est nécessaire pour préserver la masse dans un cas particulier, par exemple [158] lorsqu'il est démontré que le débiteur se soustrait à l'obligation de rendre des comptes ou lorsqu'il a commis une faute de gestion ou a détourné des

biens. Dans ces cas, il peut être souhaitable que le débiteur soit dessaisi par le tribunal, agissant d'office ou sur l'initiative du représentant de l'insolvabilité, voire éventuellement des créanciers ou du comité des créanciers.

214. [157] Les créanciers peuvent avoir un rôle à jouer dans la tâche consistant à superviser les activités de gestion du débiteur et à s'assurer de leur bonne exécution par ce dernier. Dans ce cas, il peut être nécessaire de prévoir des mesures pour prévenir les abus éventuels de créanciers cherchant à faire échouer la procédure de redressement ou à exercer une influence indue. On pourrait assurer la protection voulue en imposant, par exemple, un vote par une majorité appropriée de créanciers avant d'autoriser ceux-ci à prendre des dispositions pour dessaisir le débiteur ou renforcer les pouvoirs de supervision du représentant de l'insolvabilité.

215. Une autre façon de répartir les pouvoirs entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité est de ne pas indiquer les opérations pouvant être effectuées par le débiteur mais d'autoriser le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité à déterminer les actes juridiques que la direction peut accomplir sous condition d'approbation et ceux qui lui sont interdits. Tout en offrant une certaine souplesse, cette solution risque de dissuader les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité faute de savoir quel effet celle-ci aura sur leur pouvoir de gérer et de contrôler l'entreprise.

iv) Solutions possibles – maintien de l'entreprise entre les mains du débiteur

216. [159] S'agissant du rôle devant être dévolu au débiteur, une autre solution est de permettre à ce dernier 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 souvent dite du "débiteur non dessaisi"). Cette solution aurait l'avantage d'accroître les chances de réussite du redressement, si l'on peut s'en remettre au débiteur pour qu'il poursuive ses activités en toute honnêteté et obtienne la confiance et la coopération des créanciers. Elle peut toutefois comporter des inconvénients. Ainsi, la formule peut être utilisée dans des cas où le résultat risque manifestement d'être infructueux, autrement dit pour retarder l'inévitable en conséquence de quoi les biens de l'entreprise continuent d'être dispersés, avec le risque que le débiteur agisse de façon irresponsable, voire frauduleuse, pendant la période où il 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 faisant obligation au débiteur de rendre régulièrement compte au tribunal du déroulement de la procédure, en nommant un représentant de l'insolvabilité pour superviser le débiteur, en confiant aux créanciers un rôle important dans la supervision ou la surveillance du débiteur ou en mettant en place un mécanisme qui permette au tribunal (d'office ou à la demande des créanciers) de remplacer le débiteur par un représentant de l'insolvabilité ou de convertir la procédure en liquidation. Cela étant, il s'agit d'une solution complexe qui nécessite un examen approfondi non seulement parce qu'elle exige des règles de gouvernance strictes et des moyens institutionnels considérables mais aussi parce qu'elle a une incidence sur plusieurs autres aspects de la conception d'un régime d'insolvabilité (par exemple, le plan de redressement, l'exercice des pouvoirs d'annulation, le traitement des contrats).

3. Droits du débiteur

217. [168] Afin de préserver ce qui, dans certains pays, est considéré comme un droit fondamental du débiteur et d'assurer à ce dernier un traitement équitable et impartial, mais aussi et peut-être surtout pour faire en sorte qu'il ait confiance dans la procédure d'insolvabilité, il est souhaitable d'indiquer clairement dans la loi sur l'insolvabilité le rôle qu'il sera amené à jouer dans la procédure et les droits qu'il pourra exercer concernant son déroulement. Dans de nombreux pays, les obligations énoncées dans des traités internationaux et régionaux comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1976) et la Convention européenne des droits de l'homme (1950), peuvent avoir une incidence sur les droits des personnes physiques débitrices dans le cadre d'une telle procédure.

– *Droit d'être entendu, d'avoir accès à des informations et de conserver des biens personnels*

218. [168] Il est souhaitable, pour les raisons exposées ci-dessus, que le débiteur ait le droit d'être entendu au cours de la procédure et de participer à la prise de toutes les décisions nécessaires dans le cadre de cette dernière, surtout lorsqu'il s'agit d'un redressement. En particulier, il faudrait que le débiteur puisse accéder à des informations sur l'état d'avancement de la procédure dans tous les cas, mais surtout lorsque la législation sur l'insolvabilité prévoit de lui retirer une partie de ses pouvoirs de gestion et de contrôle (que ce soit dans une liquidation ou un redressement). Ce droit d'accès peut être particulièrement important dans une procédure de redressement lorsque la législation sur l'insolvabilité prévoit le dessaisissement partiel du débiteur avant l'approbation du plan mais lui impose l'obligation d'exécuter ledit plan. Il serait également bon, lorsque le débiteur n'intervient pas dans l'élaboration du plan, de lui donner la possibilité d'exprimer un avis sur ledit plan avant qu'il soit proposé pour approbation. Comme cela est indiqué plus haut (deuxième partie, chapitre III.A.3), lorsque le débiteur est une personne physique, certains biens sont généralement exclus de la masse de l'insolvabilité pour permettre à celui-ci de préserver ses droits fondamentaux et ceux de sa famille et il est souhaitable que le droit de conserver ces biens soit clairement énoncé dans la loi sur l'insolvabilité.

219. [169] Dans certains cas, toutefois, l'exercice ou le respect de ces droits risque d'entraîner des formalités et des frais entravant le déroulement de la procédure sans être directement bénéfique au débiteur. Il se peut, par exemple, que lorsque le débiteur ne se trouve plus dans le pays où a lieu la procédure et qu'il ne donne pas suite ou refuse de donner suite à toutes les tentatives raisonnables du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal pour entrer en contact avec lui, l'obligation absolue de l'entendre entrave sérieusement le déroulement de la procédure, voire la rende impossible. S'il est sans doute souhaitable d'exiger que tous les efforts raisonnables soient faits pour autoriser le débiteur à être entendu, il faut peut-être aussi que la loi sur l'insolvabilité offre une certaine souplesse pour éviter que l'exercice de ce droit ne compromette la procédure.

4. Obligations du débiteur

220. Il est souhaitable que la législation sur l'insolvabilité énonce clairement – outre les droits – les obligations du débiteur en rapport avec la procédure d'insolvabilité en précisant autant que possible le contenu de chaque obligation et la

partie à qui elle est due. Il faudra adapter ces obligations en fonction du rôle qui sera confié au débiteur tant dans la liquidation que dans le redressement et surtout en fonction de son rôle dans la gestion et le contrôle de l'entreprise dans le deuxième type de procédure. Par exemple, si le débiteur garde les rênes de son entreprise dans un redressement, l'obligation de renoncer au contrôle des biens de la masse ne sera pas applicable.

a) Coopération et assistance

221. [167] Pour assurer le bon déroulement de la procédure, certaines lois sur l'insolvabilité font obligation au débiteur de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'exercice de ses fonctions ou encore de s'abstenir de toute conduite pouvant compromettre le succès de la procédure. L'obligation de coopérer impliquera essentiellement que le débiteur laisse le représentant de l'insolvabilité prendre le contrôle effectif de la masse de l'insolvabilité en lui remettant les biens et les livres et pièces comptables de l'entreprise. Elle peut également impliquer que le débiteur collabore avec le représentant de l'insolvabilité pour dresser une liste des créanciers et de leurs créances (voir deuxième partie, chap. IV.B.4).

b) Communication de renseignements

222. [162] Pour faciliter une évaluation détaillée et objective des activités du débiteur, en particulier pour connaître ses besoins immédiats de trésorerie, déterminer l'opportunité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, se rendre compte de la viabilité à long terme de l'entreprise et savoir si la direction est compétente pour continuer à diriger l'entreprise, on aura généralement besoin de renseignements sur le débiteur, son actif et son passif, sa situation financière et ses affaires. Tant dans la procédure de liquidation que dans celle de redressement, mais plus particulièrement dans cette dernière et dans le cas d'une entreprise en liquidation devant être cédée en vue de la poursuite de l'activité, il est souhaitable pour permettre cette évaluation que le débiteur reste tenu de divulguer pendant une période relativement longue, et pas seulement pendant la période qui suit immédiatement l'ouverture de la procédure, des renseignements détaillés au sujet de ses affaires commerciales et financières tels que: des informations sur l'actif et le passif; des listes de clients; des projections des profits et pertes; le détail des flux de trésorerie; des renseignements sur la stratégie commerciale; les tendances dans le secteur d'activité considéré; des informations sur les causes ou raisons supposées de la situation financière; des informations sur les opérations antérieures susceptibles d'être annulées conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation; ainsi que des informations sur les contrats en cours, les opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés et les procédures judiciaires, arbitrales ou administratives, y compris les procédures d'exécution, intentées contre lui ou auxquelles il est partie. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité font également obligation au débiteur de fournir des renseignements concernant ses créanciers et de préparer, généralement en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité, une liste des créanciers à partir de laquelle vérifier les créances. Le débiteur peut aussi être tenu d'actualiser cette liste à mesure que les créances sont vérifiées et admises ou rejetées.

223. [162] Bien qu'il ne soit sans doute pas nécessaire de fournir, dans une loi sur l'insolvabilité, une liste exhaustive des informations devant être communiquées par le débiteur, cette solution permettrait de donner des indications sur le type de renseignements souhaité. À cet égard, certaines lois prévoient des tableaux normalisés énumérant les différents éléments d'information requis. Ces tableaux doivent être remplis par le débiteur (sous peine de sanctions s'il fournit des informations fallacieuses ou mensongères) ou par une personne ou un administrateur indépendant.

224. [163] Pour que les renseignements fournis puissent être utilisés aux différentes fins mentionnées ci-dessus, il faut qu'ils soient à jour, complets, exacts et fiables et qu'ils soient communiqués dès que possible après l'ouverture de la procédure. Si le débiteur peut respecter cette exigence, la confiance des créanciers dans son aptitude à continuer de gérer l'entreprise s'en trouvera renforcée.

225. [164] Lorsque le débiteur n'est pas une personne physique, ce sont les responsables et d'autres parties ayant un lien avec lui qui peuvent fournir les renseignements au représentant de l'insolvabilité. Une autre solution consisterait à exiger que le débiteur lui-même (lorsqu'il s'agit d'une personne physique) ou un ou plusieurs administrateurs de l'entreprise débitrice se fassent représenter ou 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.

c) Confidentialité

226. [165] Les renseignements requis sont souvent commercialement sensibles (comme les secrets professionnels, les listes de clients et de fournisseurs, les informations sur la recherche-développement) et peuvent soit appartenir au débiteur soit être en sa possession mais appartenir à un tiers. Il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité comporte des dispositions permettant de protéger les informations confidentielles pour éviter qu'elles ne soient utilisées de manière déloyale par les créanciers ou d'autres parties qui sont en mesure de les exploiter. Il se peut que l'obligation de confidentialité doive s'appliquer non seulement au débiteur mais également aux parties ayant un lien avec ce dernier, au représentant de l'insolvabilité, au comité des créanciers et aux tiers.

d) Obligations secondaires

227. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité imposent au débiteur d'autres obligations qui sont secondaires à l'obligation de prêter coopération et assistance: ce peut être par exemple l'obligation (faite soit au débiteur soit aux dirigeants et administrateurs de l'entité débitrice) de ne pas quitter leur résidence habituelle (sans l'autorisation du tribunal) ou de divulguer leur correspondance au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal, ainsi que d'autres obligations restreignant la liberté personnelle. Ces restrictions peuvent être indispensables pour éviter que la procédure ne soit perturbée par la pratique courante consistant, pour les débiteurs, à quitter l'établissement et, pour les administrateurs et les dirigeants de l'entreprise, à démissionner dès l'ouverture de la procédure. Si une loi sur l'insolvabilité impose de telles obligations secondaires, il est souhaitable que celles-ci soient proportionnées au but visé par elles ainsi qu'à l'objectif général du devoir de coopération. Ces obligations peuvent en outre être limitées par l'application des

conventions et accords relatifs aux droits de l'homme mentionnés ci-dessus. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent ces obligations comme automatiquement applicables, tandis que d'autres laissent au tribunal la possibilité de les appliquer si elles sont nécessaires pour l'administration de la masse. Certaines lois font également une distinction entre catégories de débiteur: s'il s'agit d'une personne physique, les obligations ne s'appliqueront que sur décision du tribunal, mais si le débiteur est une société, certaines obligations peuvent s'appliquer automatiquement, par exemple celle de divulguer la correspondance.

e) Recours à des spécialistes pour aider le débiteur

228. [160] Pour aider le débiteur à s'acquitter de ses obligations en rapport avec la procédure dans son ensemble, 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.

f) Inexécution des obligations

229. [166] Il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité examine les dispositions à prendre en cas de manquement de la part du débiteur. Par exemple, en cas de rétention d'information par ce dernier, il peut s'avérer nécessaire de prévoir un mécanisme qui l'oblige à communiquer les renseignements requis, tels que sa "mise en examen" par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité. Dans des cas plus graves de rétention de l'information, un certain nombre de pays appliquent des sanctions pénales. Des approches similaires conviendraient sans doute pour l'inexécution d'autres obligations. Il faudra peut-être aussi que la loi sur l'insolvabilité examine quelles sont les conséquences des actes accomplis en violation des obligations et si de tels actes devraient ou non être invalidés.

5. Responsabilité du débiteur

230. [170] Lorsque l'entreprise est solvable, le débiteur est généralement comptable en premier lieu aux propriétaires de l'entreprise et ses relations avec les créanciers seront régies par les arrangements contractuels conclus entre eux. Mais lorsque l'entreprise devient insolvable, la situation change et les créanciers y deviennent financièrement de véritables parties prenantes, supportant tout risque de perte découlant de la poursuite des activités par le débiteur. Malgré ce changement de situation, la conduite des propriétaires et des dirigeants d'une entreprise est avant tout une question de droit et de politique générale extérieure au régime de l'insolvabilité. Il n'est pas souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité serve à combler des lacunes dans ce domaine de la réglementation ou à veiller à l'application des principes de gouvernance, bien que certaines législations sur l'insolvabilité puissent exiger que la procédure d'insolvabilité soit ouverte à un stade précoce des difficultés financières (voir deuxième partie, chapitre II.B). Si les actes antérieurs de personnes ayant un lien avec une entreprise insolvable ont causé un préjudice ou une perte aux créanciers (par exemple, en raison d'une fraude ou d'un comportement irresponsable), il peut être indiqué, selon les régimes de responsabilité applicables respectivement à la fraude et à la négligence, de prévoir, dans la loi sur l'insolvabilité, la possibilité d'une réparation par les responsables du préjudice ou de la perte causés.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le débiteur est:

a) d'établir les droits et obligations [responsabilités] du débiteur ~~[et des personnes associées à ce dernier]~~ pendant le déroulement de la procédure d'insolvabilité;

b) de régler la question des mesures pouvant être prises en cas d'inexécution par le débiteur des obligations qui lui incombent;

c) de régler les questions concernant la gestion de l'entreprise débitrice dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement.

Contenu des dispositions législatives

Droit d'être entendu

89) [69)] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir que le débiteur a le droit d'être entendu dans le cadre de la procédure [tant de liquidation que de redressement].

Droit de participer et de demander des informations

90) [70)] La législation sur l'insolvabilité devrait disposer que le débiteur a le droit de participer à la procédure d'insolvabilité, ~~en particulier à la procédure de redressement~~, et de demander des informations au représentant de l'insolvabilité et au tribunal. Ce droit revêt une importance particulière dans le cadre d'une procédure de redressement.

Droit du débiteur de conserver des biens pour préserver ses droits fondamentaux

91) Lorsque le débiteur est une personne physique, la législation sur l'insolvabilité devrait disposer que le débiteur a le droit de conserver des biens exclus de la masse de l'insolvabilité s'ils sont nécessaires pour préserver ses droits fondamentaux[2].

Obligations

92) [71)] La législation sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement les obligations du débiteur tant en cas de procédure de liquidation qu'en cas de procédure de redressement. Ces obligations devraient être notamment les suivantes:

a) obligation de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'exercice de ses fonctions [et de s'abstenir de tout acte préjudiciable à l'administration de la procédure];

[2] Voir Chap. III.A. Biens visés, recommandation 29).

b) obligation de fournir au tribunal, au représentant de l'insolvabilité ou au comité des créanciers les informations exactes, fiables et complètes que ceux-ci pourraient raisonnablement lui demander sur sa situation financière et ses affaires, notamment:

i) des informations sur les opérations qui ont été réalisées pendant la période suspecte et qui concernent le débiteur ou les biens du débiteur;

ii) des informations sur les procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours, y compris les procédures d'exécution;

c) obligation de permettre au représentant de l'insolvabilité de prendre le contrôle effectif de la masse de l'insolvabilité et de lui remettre les biens constituant la masse de l'insolvabilité, qu'ils soient nationaux ou étrangers[3], ou de lui en confier le contrôle et de lui communiquer les livres comptables;

d) obligation d'établir une liste des créanciers et de leurs créances en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité et de revoir et de modifier cette liste à mesure que les créances sont admises ou rejetées.

e) s'il s'agit d'une personne physique, obligation de ne pas quitter sa résidence habituelle sans l'autorisation du tribunal.

Confidentialité

93) [72)] Lorsque les informations fournies par le débiteur sont commercialement sensibles, des dispositions appropriées visant à en assurer la confidentialité devraient s'appliquer, qu'elles soient prévues dans la législation sur l'insolvabilité ou dans le droit procédural applicable. L'obligation de confidentialité devrait s'appliquer aux informations en possession du débiteur, que celles-ci soient sa propriété ou la propriété d'un tiers, y compris les secrets professionnels.

Poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice

94) [73)] La législation devrait traiter du rôle dévolu au débiteur dans la poursuite de l'activité de l'entreprise [tant en cas de redressement qu'en cas de cession de l'entreprise en liquidation]. Différentes approches peuvent être adoptées:

a) le dessaisissement total du débiteur, qui ne joue plus aucun rôle dans l'entreprise, et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité;

b) le dessaisissement partiel du débiteur, qui peut continuer à exploiter l'entreprise au jour le jour, tout en étant supervisé par un représentant de l'insolvabilité nommé à cet effet, auquel cas la répartition des tâches entre le débiteur et ce dernier devrait être précisée dans la législation sur l'insolvabilité; ou

c) le maintien de l'entreprise entre les mains du débiteur (débiteur non dessaisi), sans que soit nommé un représentant de l'insolvabilité, mais moyennant des mesures de protection appropriées, y compris un contrôle

[3] Voir chap. VIII – Loi type sur l'insolvabilité internationale et nomination d'un représentant étranger.

plus ou moins strict du débiteur ainsi que la possibilité de le dessaisir dans des cas spécifiés[4].

Sanctions en cas d'inexécution

95) [74)] La législation sur l'insolvabilité devrait prévoir des sanctions en cas d'inexécution par le débiteur, qu'il soit une personne physique ou une entité commerciale, des obligations spécifiées, y compris l'invalidation des actes accomplis en violation de ces obligations.

B. Représentant de l'insolvabilité

1. Introduction

231. [171] Les lois sur l'insolvabilité utilisent différents termes pour désigner la personne chargée d'administrer la procédure d'insolvabilité, notamment administrateur judiciaire, syndic de faillite, liquidateur, mandataire liquidateur, mandataire de justice, administrateur-séquestre, curateur ou encore commissaire. Dans le présent Guide, le terme "représentant de l'insolvabilité" est employé pour désigner au sens large la personne qui assume les diverses fonctions qui peuvent être exercées sans faire de distinction entre les différentes fonctions qui peuvent être exercées dans différents types de procédure. Le représentant de l'insolvabilité peut être une personne physique ou, dans certains pays, une société ou autre type de personne morale distincte. Qu'il soit nommé par des créanciers, le tribunal, une administration, un organisme public ou une autorité officielle ou encore le débiteur, le représentant de l'insolvabilité joue un rôle capital dans l'application de la loi sur l'insolvabilité, se voyant conférer certains pouvoirs sur le débiteur et ses actifs et ayant pour mission de préserver lesdits actifs et leur valeur et de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité. Dans certains pays, cette nomination correspond ou ressemble étroitement, de par sa nature, à celle d'un syndic exerçant des pouvoirs d'intérêt général et s'acquittant de fonctions pour le compte des créanciers et du débiteur. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à titre provisoire par le tribunal avant que la procédure d'insolvabilité ne s'engage, les pouvoirs et fonctions de cette personne sont généralement déterminés par le tribunal. Dans la mesure où ces pouvoirs et fonctions sont les mêmes que ceux d'un représentant de l'insolvabilité nommé après le début d'une procédure, le représentant provisoire de l'insolvabilité devrait avoir les mêmes qualifications, les mêmes responsabilités et la même rémunération qu'un représentant nommé après le début d'une procédure.

232. [172] Les lois sur l'insolvabilité appréhendent de diverses façons les rapports qui existent entre le représentant de l'insolvabilité et le tribunal et, en particulier, la délimitation de leurs pouvoirs respectifs. Étant en principe celui qui dispose du plus grand nombre de renseignements sur la situation du débiteur, le représentant de l'insolvabilité est souvent le mieux placé pour prendre des décisions en connaissance de cause sur la conduite de la procédure. Cela ne veut pas dire, pour autant, qu'il peut se substituer au tribunal: il appartient généralement à ce dernier de

[4] Il est à noter que cette solution repose sur une structure judiciaire bien développée et sur l'application de mesures de protection qui ont pour effet de dessaisir le débiteur dans certains cas. Pour des explications plus détaillées, voir par. 204 à 216 du commentaire analytique.

trancher les litiges nés de la conduite de la procédure et, souvent, d'approuver plusieurs étapes de la procédure. Même dans les pays où le tribunal joue un rôle plus restreint dans les procédures d'insolvabilité, l'étendue des pouvoirs qui seraient normalement confiés au représentant de l'insolvabilité est limitée. Les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité peuvent également être limités par le rôle dévolu aux créanciers en vertu de la loi sur l'insolvabilité.

2. Qualifications

233. [177] Le représentant de l'insolvabilité retenu peut provenir de différents milieux, tels que le monde des affaires, un organisme public spécialisé ou un groupe privé de personnes qualifiées (souvent des avocats, des comptables ou d'autres spécialistes). Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la nomination d'un fonctionnaire en tant que représentant de l'insolvabilité, les qualifications examinées ci-après ne s'appliquent généralement pas à cette nomination (même si elles peuvent s'appliquer au recrutement du fonctionnaire par l'organisme intéressé).

234. [177] Dans de nombreux pays, le représentant de l'insolvabilité doit être une personne physique; certains, cependant, prévoient qu'une personne morale peut également être nommée à certaines conditions, notamment que les individus chargés de mener à bien les opérations pour le compte de la personne morale soient dûment qualifiés et que la personne morale elle-même soit soumise à une réglementation. En raison de la complexité de nombreuses procédures d'insolvabilité, il est vivement souhaitable que le représentant de l'insolvabilité connaisse le droit (non seulement le droit de l'insolvabilité, mais aussi les dispositions pertinentes du droit commercial) et ait une expérience appropriée des questions commerciales et financières. Dans le cas où des connaissances complémentaires ou plus spécialisées seraient nécessaires, il peut toujours faire appel à des experts extérieurs. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent également qu'une personne nommée représentant de l'insolvabilité dans une affaire particulière ait des connaissances et des compétences adaptées à cette affaire.

235. [177] Outre les connaissances et l'expérience requises, il peut également être souhaitable que le représentant de l'insolvabilité possède certaines qualités personnelles, telles que l'intégrité, l'impartialité et l'indépendance vis-à-vis d'intérêts particuliers. [180] Des conflits d'intérêts peuvent naître de relations antérieures ou existantes avec le débiteur. Une participation antérieure au capital du débiteur, une relation commerciale antérieure avec le débiteur, une relation avec un créancier du débiteur, un engagement antérieur en tant que représentant du débiteur, et une relation avec un concurrent du débiteur peuvent suffire, dans certains pays, pour interdire la nomination d'une personne en tant que représentant de l'insolvabilité. Dans d'autres pays, la personne pourra malgré tout être nommée à condition que le conflit d'intérêts soit révélé. Pour accroître la transparence, la prévisibilité et l'intégrité du système d'insolvabilité, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité précise le degré de relation qui pourra donner lieu à un conflit d'intérêts et imposera à un représentant potentiel de l'insolvabilité de révéler les circonstances de nature à entraîner un tel conflit ou à compromettre son indépendance. Il revient généralement au tribunal de déterminer s'il existe, dans une affaire particulière, un conflit d'intérêts ou des éléments indiquant un manque d'indépendance.

236. Les qualifications requises d'une personne pouvant être nommée représentant de l'insolvabilité pourront varier en fonction du régime de l'insolvabilité appliqué en ce qui concerne le rôle du représentant de l'insolvabilité (y compris la question de savoir s'il s'agit d'une procédure de liquidation ou de redressement) et le niveau relatif de

contrôle exercé sur le représentant de l'insolvabilité (et sur la procédure d'insolvabilité en général) par le tribunal. Elles pourront également varier en fonction de la procédure de nomination (voir ci-après).

237. [178] Pour garantir une qualification appropriée du représentant de l'insolvabilité, divers critères sont pris en compte. Sont ainsi exigés, notamment, certaines qualifications et certains diplômes professionnels; l'obtention d'une licence, auquel cas celle-ci est délivrée par un organisme public ou professionnel; des stages de formation spécialisée et des examens de certification; une certaine expérience (généralement spécifiée en nombres d'années) des domaines pertinents, par exemple la finance, le commerce, la comptabilité et le droit, ainsi que de la conduite des procédures d'insolvabilité. Les systèmes qui exigent une forme quelconque de licence ou de qualification professionnelle et l'adhésion à des associations professionnelles traitent aussi, souvent, des questions de contrôle et de discipline; un représentant de l'insolvabilité peut être supervisé par le tribunal, par une association professionnelle ou par un organisme de réglementation des entreprises ou autre. Plusieurs de ces systèmes sont relativement complexes, et leur analyse approfondie déborde du cadre du présent Guide.

238. [179] Pour l'établissement des qualifications à posséder pour être nommé représentant de l'insolvabilité, il est souhaitable de trouver le juste milieu entre des conditions trop strictes, qui conduisent à désigner une personne hautement qualifiée mais risquent de limiter considérablement le nombre de spécialistes considérés comme suffisamment qualifiés et d'accroître le coût de la procédure, et des conditions trop souples pour garantir la qualité du service requis. En cas de pénurie de spécialistes suffisamment qualifiés, le rôle assigné au tribunal en matière de nomination et de contrôle pourra fortement aider à trouver ce juste milieu.

3. Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité

239. [174] Les lois sur l'insolvabilité appréhendent de diverses manières la sélection et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Dans certains pays, la loi prévoit la nomination automatique d'un fonctionnaire particulier (diversement appelé administrateur judiciaire, curateur ou liquidateur et …) dans tous les cas ou dans certaines affaires d'insolvabilité. Dans de nombreux pays, c'est le tribunal qui choisit, nomme et supervise le représentant de l'insolvabilité. La sélection peut s'effectuer à la discrétion du tribunal parmi une liste de spécialistes dûment qualifiés, en recourant à un système de registre ou de rotation ou par d'autres moyens, tels que la recommandation des créanciers ou du débiteur. Bien qu'il garantisse une répartition équitable et impartiale des affaires, [176] un inconvénient éventuel d'un système de registre est qu'il ne garantit pas la nomination de la personne la plus qualifiée pour l'affaire considérée. Tout dépendra bien entendu de la manière dont le registre est établi ainsi que des qualifications requises pour que les spécialistes de l'insolvabilité y figurent. Cet inconvénient n'apparaît peut-être pas aussi grave lorsqu'il n'y a pas d'actifs (voir deuxième partie, chapitre II.B.4 f)).

240. [174] Dans certains pays, un bureau ou un institut distinct assumant la tutelle de tous les représentants de l'insolvabilité sélectionne l'intéressé sur instruction du tribunal. Plusieurs pays ont adopté cette approche, qui permet à l'autorité de nomination indépendante de faire appel à des spécialistes qui auront les compétences et les connaissances nécessaires pour examiner les circonstances de chaque cas, dont la nature des activités commerciales ou autres du débiteur; le type d'actifs; le marché sur lequel l'entreprise débitrice exerce ou a exercé ses activités;

les connaissances spéciales nécessaires pour comprendre les affaires du débiteur; ou d'autres aspects particuliers. Le recours à une autorité de nomination indépendante dépendra de l'existence d'une institution ou d'un organe approprié disposant des ressources et de l'infrastructure nécessaires pour exercer les fonctions requises; à défaut, il faudra créer une institution ou un organe approprié.

241. [174] Une autre approche consiste à laisser les créanciers intervenir en recommandant et en sélectionnant le représentant de l'insolvabilité à nommer, à condition que cette personne ait les qualifications requises pour remplir cette fonction dans le cas considéré. Le recours à une autorité de nomination indépendante ou au comité des créanciers pour la désignation du représentant peut aider à éviter toute impression de partialité et contribue à alléger le lourd travail de surveillance qui incombe aux tribunaux. Une approche différente permet au débiteur, lorsqu'il engage une procédure de redressement, de nommer lui-même le représentant de l'insolvabilité. Dans ce cas, le débiteur et d'autres parties telles que les créanciers garantis peuvent, avant l'ouverture de la procédure, avoir des discussions qui permettront au futur représentant de se familiariser avec l'affaire, et le débiteur peut sélectionner le représentant de l'insolvabilité qu'il juge le mieux à même de conduire le redressement. On pourra s'interroger, cependant, sur l'indépendance du représentant de l'insolvabilité. Ces interrogations pourront être levées en permettant aux créanciers, dans les cas appropriés, de remplacer le représentant de l'insolvabilité nommé par le débiteur.

4. Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

242. [173] Les lois sur l'insolvabilité spécifient souvent les fonctions que le représentant de l'insolvabilité devra exercer dans le cadre de la procédure, et il importe que la loi sur l'insolvabilité accorde au représentant de l'insolvabilité les pouvoirs lui permettant de s'acquitter de ces fonctions. Bien que certaines des fonctions mentionnées ci-après puissent relever davantage de la liquidation que du redressement, les obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité seraient généralement les suivantes:

i) prendre le contrôle immédiat des biens composant la masse de l'insolvabilité[5] et des registres commerciaux du débiteur;

ii) représenter la masse de l'insolvabilité;

iii) assurer l'administration générale de la masse de l'insolvabilité;

iv) exercer les droits de la masse de l'insolvabilité dans le cadre de procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours;

v) prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger et préserver les biens de la masse de l'insolvabilité et l'activité du débiteur, notamment en empêchant toute cession non autorisée de ces biens et en agissant en annulation afin de recouvrer les biens indûment cédés pour écarter des créanciers;

vi) inscrire les droits de la masse (lorsque l'inscription est nécessaire pour rendre ces droits opposables aux acquéreurs de bonne foi);

---

[5] Pour une définition du terme "masse de l'insolvabilité" dans le Guide, se reporter à la deuxième partie, chapitre III, ainsi qu'au glossaire figurant dans la première partie.

vii) nommer et rémunérer les comptables, avocats et autres spécialistes dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de sa mission;

viii) obtenir des informations concernant le débiteur, son actif, son passif et ses opérations antérieures (en particulier celles survenues pendant la période suspecte), notamment en entendant le débiteur et toute personne ayant traité avec lui;

ix) examiner les contrats qui ne sont pas pleinement exécutés afin de décider s'il convient de les continuer ou de les rejeter;

x) examiner la situation des salariés et de leurs droits, y compris de leurs droits à pension;

xi) en cas de liquidation, vendre les biens de la masse de l'insolvabilité;

xii) vérifier et admettre les créances;

xiii) fournir périodiquement au tribunal et aux créanciers des informations décrivant en détail la conduite de la procédure. Les informations devraient inclure, par exemple, des précisions sur les biens vendus pendant la période considérée, les prix obtenus, les frais de vente, ainsi que les informations que le tribunal pourra demander ou que le comité des créanciers pourra raisonnablement demander; les recettes et les paiements; les biens restant à administrer; et établir le plan de redressement;

xiv) assister aux réunions des créanciers;

xv) administrer l'entreprise en redressement et en liquidation lorsqu'elle doit être vendue en vue de la poursuite de l'activité;

xvi) en cas de redressement, établir un plan de redressement ou un rapport expliquant pourquoi un redressement n'est pas possible (lorsque cette fonction doit être exercée par le représentant de l'insolvabilité);

xvii) superviser l'approbation du plan de redressement et, au besoin, sa mise en œuvre;

xviii) liquider la masse de manière rapide, efficace et au mieux des intérêts des différentes parties concernées;

xix) présenter au tribunal ou, s'il y a lieu, aux créanciers un rapport et un compte finals concernant l'administration de la masse de l'insolvabilité;

xx) traiter toute autre question dont il pourrait être saisi par les créanciers ou qui pourrait être déterminée par le tribunal.

243. Outre ces tâches et fonctions spécifiques, les lois sur l'insolvabilité imposent souvent au représentant de l'insolvabilité certaines obligations générales. Il pourra s'agir d'une obligation de maximiser la valeur et de préserver la sécurité de la masse de l'insolvabilité, d'une obligation d'obtenir le meilleur prix qu'il sera raisonnablement possible de demander lors de la vente de biens de la masse de l'insolvabilité; et [*autres?*].

5. Confidentialité

244. La nécessité d'imposer au débiteur une obligation de confidentialité a été notée plus haut. Il pourrait également être utile que la loi sur l'insolvabilité impose une telle obligation au représentant de l'insolvabilité, car une grande partie des informations qui seront obtenues concernant les affaires du débiteur seront commercialement sensibles (secrets commerciaux, données de recherche-développement et renseignements sur les clients, par exemple) et ne devraient pas être révélées à des tiers qui pourraient être en mesure d'en tirer indûment profit. Le respect de la confidentialité pourra revêtir une importance particulière lorsque le représentant de l'insolvabilité sera habilité à exiger la révélation d'informations et de documents lors d'un examen de l'entreprise débitrice. Certaines de ces informations pourront provenir de tiers et être soumises à des dispositions relatives à la protection de la vie privée et au secret, telles celles applicables aux banques. Il est souhaitable que le représentant de l'insolvabilité soit autorisé à utiliser ces informations uniquement aux fins de la procédure d'insolvabilité dans le cadre de laquelle l'examen a été autorisé, à moins que le tribunal n'en décide autrement. Ces considérations pourraient également valoir pour la fourniture et l'obtention d'informations dans le cadre de procédures judiciaires engagées à l'encontre du débiteur. Une obligation de confidentialité analogue devrait s'appliquer aux agents du représentant de l'insolvabilité (voir ci-après) et à d'autres parties conformément aux injonctions du tribunal.

6. Rémunération du représentant de l'insolvabilité

a) Détermination de la valeur du service rendu

245. Outre le remboursement des dépenses engagées par lui-même dans le cadre de l'administration de la masse de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité est habilité à percevoir une rémunération en échange de ses services. Cette rémunération devrait être proportionnelle aux qualifications du représentant de l'insolvabilité et aux tâches qui lui incombent et compenser la prise de risque afin d'attirer des professionnels dûment qualifiés. Pour calculer cette rémunération, on utilise plusieurs méthodes. Elle pourrait être fixée par rapport à un barème d'honoraires approuvé, établi par un organisme public ou une association professionnelle; déterminée dans chaque cas par l'ensemble des créanciers, le tribunal ou tout autre organe ou tribunal administratif; fondée sur le temps effectivement consacré à l'administration de la masse de l'insolvabilité par le représentant de l'insolvabilité (et les diverses catégories de personne susceptibles de travailler à l'administration de l'insolvabilité, depuis le personnel de bureau jusqu'au représentant lui-même); ou fondée sur un pourcentage de la valeur des biens de la masse de l'insolvabilité qui sont réalisés ou distribués ou une combinaison des deux (calculée à la fin de la procédure, une fois les biens cédés et leur valeur déterminée). Il pourrait s'agir d'un pourcentage fixe pouvant augmenter ou diminuer en fonction de l'affaire traitée.

i) Systèmes fondés sur le temps passé

246. Un des avantages d'une méthode fondée sur le temps passé est que, souvent, il est difficile d'évaluer au début de la procédure le degré de complexité d'une administration particulière et les moyens qu'elle nécessitera, du moins tant que certains travaux préliminaires n'ont pas été exécutés. Un inconvénient est que s'il peut encourager une administration très rigoureuse, un système fondé sur le temps passé peut aussi, dans

certains cas, inciter à maximiser le temps consacré à l'administration sans que cela n'accroisse nécessairement la valeur de la masse de l'insolvabilité.

ii) Systèmes de commission

247. Un avantage du système des commissions, du moins du point de vue des créanciers, est qu'au moins une partie, sinon une proportion importante des biens recouvrés leur sera distribuée. Du point de vue du représentant de l'insolvabilité, cependant, cette méthode de calcul peut se révéler incertaine, car la quantité de travail nécessaire à l'administration n'est pas nécessairement proportionnelle à la valeur des biens distribuables. Elle risque également d'encourager une démarche de "rendement maximum pour un coût minimum" et incite peu à exercer des fonctions qui ne visent pas directement à accroître le rendement pour les créanciers, qu'il s'agisse, par exemple, de faire rapport au tribunal et aux créanciers ou d'aider les organismes de réglementation à enquêter sur les affaires et d'éventuelles fautes des débiteurs.

iii) Participation des créanciers

248. Dans certains pays, il peut être demandé à l'ensemble de créanciers (ou au comité des créanciers agissant pour leur compte) de participer à la fixation ou à l'approbation de la rémunération, compte tenu de facteurs tels que la complexité de l'affaire, la nature et le niveau des responsabilités du représentant de l'insolvabilité et l'efficacité avec laquelle ce dernier s'en est acquitté, ainsi que la valeur et la nature des biens de la masse. La participation des créanciers peut permettre de surmonter certaines des difficultés examinées plus haut, car les créanciers connaîtraient mieux les problèmes en jeu et auraient la possibilité de participer à la fixation et à l'approbation des honoraires. Les honoraires pourraient également faire l'objet d'une révision périodique au cours de la procédure, tout problème éventuel étant alors examiné et résolu, peut-être par arbitrage ou quelque autre forme de règlement des litiges entre le représentant de l'insolvabilité et les créanciers.

249. S'agissant de la fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité, il est vivement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité crée un mécanisme clair et transparent permettant d'éviter les litiges et offrant un certain niveau de certitude quant au coût de la procédure d'insolvabilité. Quel que soit le mode de calcul, il est également souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse qu'il importe d'accorder la priorité au versement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité.

b) Moyen de paiement

250. Le versement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité est souvent un motif de plainte invoqué par les créanciers chirographaires; en effet, la source la plus courante de fonds disponibles est fréquemment constituée de biens non grevés de sûretés et peut souvent ne rien laisser à distribuer à ces créanciers. Il serait certes injuste de conclure que les dépenses d'administration étaient excessives simplement parce que leur montant était supérieur à celui des biens non grevés disponibles pour régler les créanciers chirographaires, mais le fait que ces derniers voient la plupart sinon la totalité des biens disponibles utilisés pour couvrir les dépenses d'administration et que la comparaison des dépenses totales d'administration et de la valeur des biens recouvrés fasse naître des sentiments d'injustice montre qu'il est nécessaire d'étudier attentivement cette question. On pourra adopter, pour ce qui est

du règlement du représentant de l'insolvabilité, différentes méthodes. Par exemple, lorsque la masse comprend des biens non grevés, le représentant de l'insolvabilité pourrait être payé sur la valeur de ces biens; il pourrait percevoir des frais supplémentaires sur les biens au titre de leur administration ou leur cession lorsque cette administration profite aux créanciers; des frais supplémentaires pourraient également être perçus sur les créanciers lorsqu'ils déposent une demande d'ouverture, ce qui permettrait de financer au moins les dépenses initiales et l'accomplissement des fonctions essentielles (voir deuxième partie, chap. II.B.5).

c) Réexamen de la rémunération

251. En fonction de la façon dont la rémunération du représentant de l'insolvabilité est fixée, il peut être souhaitable de prévoir une procédure de réexamen en cas de mécontentement du représentant lui-même ou des créanciers. Lorsque la rémunération est fixée par une réunion de créanciers, le tribunal sera généralement habilité à réviser ce montant sur demande du représentant de l'insolvabilité ou d'un pourcentage ou nombre spécifié de créanciers, par exemple de créanciers représentant 10 % du capital émis ou au moins 10 ou 25 % du passif total. Lorsque la rémunération est fixée en premier lieu par le tribunal, le représentant de l'insolvabilité pourra avoir ou non le droit d'appeler de cette décision; certaines lois sur l'insolvabilité disposent que le débiteur ne peut solliciter un réexamen. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est tenu d'être membre d'une association professionnelle ou titulaire d'une licence, l'association professionnelle ou l'organisme qui délivre les licences peut également être habilité à réviser les honoraires facturés par ses membres et servir, au besoin, de structure informelle de règlement des litiges.

7. Obligation de diligence [Responsabilité]

252. [181] Le degré de diligence dont le représentant de l'insolvabilité doit faire preuve et sa responsabilité personnelle sont des éléments importants pour la conduite de la procédure d'insolvabilité. Afin de déterminer le degré de prudence, de diligence et de compétence avec lequel le représentant de l'insolvabilité doit s'acquitter de ses obligations et fonctions, on doit établir un critère qui tienne compte des difficultés que le représentant de l'insolvabilité rencontre dans l'accomplissement de ses tâches et mettre en regard de ce critère un niveau de rémunération approprié et l'opportunité d'inciter des personnes qualifiées à exercer ces fonctions. Dans le cadre de sa responsabilité, le représentant de l'insolvabilité pourra souvent avoir à faire appliquer le droit en dehors de l'insolvabilité.

253. [182] Pour ce faire, différentes approches peuvent être adoptées dans une loi sur l'insolvabilité, bien que le critère qui sera retenu dépende des modalités de nomination et de la qualité du représentant de l'insolvabilité (par exemple, s'il est un praticien privé ou un agent de l'État). On peut décider de ne pas imposer au représentant de l'insolvabilité de critère plus strict que celui auquel le débiteur solvable doit en principe satisfaire dans le cours normal de ses activités, à savoir faire preuve de la prudence que l'on attend d'une personne à cette fonction. Certains pays peuvent toutefois exiger un degré de prudence supérieur car le représentant de l'insolvabilité s'occupe des biens d'un tiers et non des siens. Ou bien, on pourrait partir du principe que le représentant de l'insolvabilité est censé agir de bonne foi à des fins légitimes. Une troisième possibilité serait de fixer un seuil en deçà duquel il y aurait négligence. Il est souhaitable que le critère applicable garantisse que le représentant de l'insolvabilité exerce ses fonctions avec compétence, mais qu'il ne

soit pas strict au point d'encourager des actions en justice contre lui et d'augmenter le coût de ses services. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est membre d'une association professionnelle, les normes professionnelles de cette association peuvent s'appliquer.

254. [183] Pour ce qui est de la question de la responsabilité en dommages-intérêts, on pourrait exiger que le représentant de l'insolvabilité dépose une caution couvrant la perte de biens de la masse ou prenne une assurance couvrant les dommages-intérêts payables en cas de manquement à ses obligations. Plusieurs lois sur l'insolvabilité exigent une caution et une assurance, tandis que d'autres n'exigent qu'une assurance. Dans certains cas, le niveau de la caution exigée correspond à la valeur comptable des biens, alors que dans d'autres, tant le montant de la caution que celui de la couverture d'assurance requise sont fixés dans le règlement de l'association professionnelle ou de l'organisme de réglementation intéressé. Il se peut toutefois que ces solutions ne soient pas proposées dans tous les pays. Il peut être souhaitable de trouver une solution permettant à la fois de maîtriser le coût du service et de répartir les risques liés à la procédure entre les participants, au lieu de les faire retomber entièrement sur le représentant de l'insolvabilité au motif qu'il a une assurance responsabilité civile personnelle.

8. Mandataires du représentant de l'insolvabilité

255. [185] Dans certaines lois, le tribunal doit autoriser le représentant de l'insolvabilité à faire appel aux comptables, avocats, experts et autres spécialistes dont il peut avoir besoin pour s'acquitter de ses fonctions. Dans d'autres, une telle autorisation n'est pas requise. Il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité fixe des critères pour le recrutement de ces spécialistes en définissant le niveau d'expérience, de connaissances et de renommée requis, et en exigeant que leurs services soient bénéfiques pour la masse. Pour ce qui est de leur rémunération, certaines lois prévoient qu'une demande doit être adressée à cet effet au tribunal pour qu'il l'approuve; une autre approche consisterait à demander l'accord de l'ensemble des créanciers. Les spécialistes peuvent être rémunérés à intervalles périodiques pendant la procédure, ou être tenus d'attendre l'achèvement de celle-ci. L'obligation de révéler les conflits d'intérêts, qui s'applique au représentant de l'insolvabilité peut également s'appliquer aux spécialistes employés par celui-ci, de même que l'obligation de confidentialité.

256. [184] Lorsque la masse subit des pertes en raison d'actes commis par les employés ou mandataires du représentant de l'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité doit peut-être aborder le problème de la responsabilité de ce dernier dans pareil cas. Certaines lois prévoient que le représentant de l'insolvabilité n'est pas tenu pour personnellement responsable, sauf s'il n'a pas exercé un contrôle suffisant dans l'accomplissement de ses fonctions.

257. En ce qui concerne la rémunération des spécialistes employés par le représentant de l'insolvabilité, différentes méthodes pourront être adoptées. En vertu de certaines lois, le représentant de l'insolvabilité règle le spécialiste et se fait rembourser sur la masse. Dans d'autres cas, le spécialiste dispose sur la masse d'une créance d'administration.

9. Révocation du représentant de l'insolvabilité

258. [186] Suivant les lois, le représentant de l'insolvabilité peut être relevé de ses fonctions dans certains cas, notamment s'il a manqué ou s'est soustrait à ses obligations légales en vertu de la législation de l'insolvabilité, a fait preuve d'incompétence ou de

négligence caractérisées, n'a pas révélé un conflit d'intérêts, a effectué des opérations illicites, ou pour des raisons moins graves lorsque, par exemple, la procédure exige une compétence particulière ou différente que le représentant nommé ne possède pas. En fonction de l'approche retenue, la révocation 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 chirographaires. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est soumis à un contrôle professionnel ou réglementaire, il peut être révoqué suite à la réalisation d'une enquête ou d'un examen, qui peuvent également entraîner le retrait d'une licence ou de toute autre autorisation.

10. Remplacement du représentant de l'insolvabilité

259. [186] En cas de démission ou de révocation du représentant de l'insolvabilité ou de survenue de tout autre événement qui pourrait empêcher le représentant de l'insolvabilité d'exercer ses fonctions, tel que son décès ou une maladie grave, on peut éviter des perturbations éventuelles dans la procédure et les contretemps pouvant être occasionnés par l'incapacité de trouver un remplaçant en prévoyant la nomination d'un successeur soit par le tribunal, soit par des créanciers. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit le remplacement du représentant de l'insolvabilité, elle doit peut-être aussi régler les questions liées au remplacement et à la succession en ce qui concerne soit la propriété soit le contrôle (selon le cas) des biens de la masse (voir deuxième partie, chapitre III.A), et à la remise au successeur des livres, registres et autres informations concernant l'entreprise débitrice. La loi devrait peut-être aussi aborder la question de la validité des actions engagées dans le cadre de la procédure par le représentant de l'insolvabilité qui a été remplacé.

Recommandations

Objet de dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant le représentant de l'insolvabilité est:

a) de spécifier les qualifications requises pour pouvoir être nommé représentant de l'insolvabilité;

b) d'établir un mécanisme pour la nomination des représentants de l'insolvabilité;

c) de définir les pouvoirs et la mission du représentant de l'insolvabilité;

d) de prévoir la rémunération, la responsabilité, la révocation et le remplacement d'un représentant de l'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Qualifications

(96) [(75)] La législation de l'insolvabilité pourrait spécifier les qualifications et les qualités personnelles requises pour pouvoir être nommé représentant de l'insolvabilité. Entre autres critères, le représentant de l'insolvabilité devrait être indépendant et impartial, bien connaître le droit commercial pertinent et avoir une expérience des questions commerciales et de la vie des entreprises.

Nomination

(97) [(76)] La législation de l'insolvabilité devrait établir un mécanisme pour la nomination du représentant de l'insolvabilité à l'ouverture de la procédure. Différentes approches peuvent être adoptées, telles que la nomination du représentant de l'insolvabilité par le tribunal; par une autorité de nomination indépendante; sur la recommandation des créanciers ou du comité des créanciers; par le débiteur; ou de plein droit, lorsque le représentant de l'insolvabilité est un organisme ou un agent public ou administratif.

(98) Lorsque la législation de l'insolvabilité prévoit la nomination d'un représentant de l'insolvabilité pour administrer la masse en l'absence de biens, cette législation devrait également prévoir un mécanisme de nomination et de rémunération de ce représentant. Ce mécanisme pourrait comprendre la nomination d'un fonctionnaire ou une nomination fondée sur un système de registre, et une rémunération par l'État ou [...].

Conflit d'intérêts

(99) [(77)] La législation de l'insolvabilité devrait faire obligation à une personne qu'il est proposé de nommer représentant de l'insolvabilité de révéler toute circonstance pouvant entraîner un conflit d'intérêts ou compromettre son indépendance [vis-à-vis de tiers]. La législation de l'insolvabilité devrait également faire obligation aux personnes employées par le représentant de l'insolvabilité de révéler toute circonstance pouvant entraîner un conflit d'intérêts ou compromettre leur indépendance [vis-à-vis de tiers].

~~Pouvoirs et mission~~ Obligations et fonctions du représentant de l'insolvabilité

(100) [(78)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité a une obligation générale de maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité et d'en préserver la sécurité. La législation de l'insolvabilité devrait indiquer clairement les ~~pouvoirs et~~ obligations et les fonctions du représentant de l'insolvabilité, notamment:

a) prendre le contrôle des biens composant la masse de l'insolvabilité et des registres commerciaux du débiteur y compris ceux en possession de tiers;

b) administrer l'ensemble de la masse de l'insolvabilité;

c) contrôler la récupération, la vente et la répartition des biens;

d) obtenir des informations concernant le débiteur, son actif, son passif, ses opérations antérieures (en particulier celles survenues pendant les périodes suspectes), notamment en entendant le débiteur (que ce soit sous serment ou dans le cadre d'une procédure équivalente);

e) veiller à ce que le débiteur s'acquitte de ses obligations;

f) aider le débiteur à établir une liste des créanciers et de leurs créances et faire en sorte que la liste soit revue et modifiée à mesure que les créances sont admises;

g) exercer des pouvoirs d'annulation;

h) exercer les droits de la masse de l'insolvabilité dans le cadre de procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours et auxquelles la suspension s'applique;

i) vérifier et admettre les créances;

j) gérer l'entreprise en redressement ou en liquidation, lorsque celle-ci doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité;

k) fournir régulièrement aux créanciers et au tribunal des informations et leur rendre compte de la conduite de la procédure;

l) recruter et rémunérer des professionnels qui l'aideront dans sa mission;

m) en cas de redressement, établir (ou contribuer à rétablir) un plan de redressement ou un rapport expliquant pourquoi un redressement n'est pas possible (lorsque cette fonction doit être exercée par le représentant de l'insolvabilité);

n) exercer les autres pouvoirs ou fonctions qui lui sont dévolus par le tribunal ou confiés par les créanciers ou le comité des créanciers.

Responsabilité

(101) [(79)] La législation de l'insolvabilité devrait traiter des conséquences d'une défaillance du représentant de l'insolvabilité, ou de l'exécution de ses obligations ~~pouvoirs~~ et fonctions, y compris de l'engagement éventuel de sa responsabilité personnelle [comme énoncé aux recommandations (99) et (100)][6]. Les questions liées à la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pourraient également relever du droit applicable en dehors de la législation de l'insolvabilité.

Révocation et remplacement

(102) [(80)] La législation de l'insolvabilité devrait indiquer les motifs pour lesquels le représentant de l'insolvabilité peut être révoqué ainsi que la procédure de révocation. Le représentant de l'insolvabilité pourrait être révoqué notamment:

a) pour incompétence, pour faute, y compris la faute par abstention, ou pour ne pas avoir fait preuve de la diligence voulue dans l'exercice de ses pouvoirs et l'accomplissement de ses fonctions;

b) pour absence de possession d'une compétence particulière ou spécialisée requise par une affaire spécifique;

c) lorsqu'il a accompli des actes illégaux ou a effectué des opérations illégales; ou

[6] À la précédente session du Groupe de travail, certains participants ont appuyé l'idée de préciser davantage la responsabilité découlant des fonctions énoncées dans les recommandations (99) et (100). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant cette question et faire des propositions spécifiques sur ce qu'il conviendrait d'inclure dans la recommandation (101).

d) lorsque des conflits d'intérêts ou un manque avéré d'indépendance surgissent dans des circonstances qui justifieraient la révocation.

(103)[(81)] La procédure de révocation du représentant de l'insolvabilité dépendra de la manière dont celui-ci a été nommé; pourraient être prévues la révocation par le tribunal à la demande de créanciers ou du comité des créanciers; la révocation par le tribunal agissant d'office; la révocation par les créanciers lorsque ce sont eux qui ont nommé le représentant de l'insolvabilité et […].

(104)[(82)] En cas de décès, de démission, ou de révocation du représentant de l'insolvabilité, ou encore d'impossibilité d'exécution de sa part, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir la nomination d'un successeur.

Rémunération

(105)[(83)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir la rémunération du représentant de l'insolvabilité, indiquer un mécanisme pour son calcul et reconnaître le caractère prioritaire du paiement de cette rémunération.

~~*Contrôle du tribunal*~~

~~(84) [Pour une disposition générale relative au contrôle des décisions prises par le représentant de l'insolvabilité concernant, par exemple, le traitement des contrats, les actions en annulation, l'admission des créances, voir la note 14]~~