



# Assemblée générale

Distr.: Générale  
11 janvier 2002

Français  
Original: Anglais

## Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

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

### Rapport du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité sur les travaux de sa vingt-cinquième session (Vienne, 3-14 décembre 2001)

#### Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction .....	1-13	3
II. Délibérations et décisions .....	14-15	5
III. Examen du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité .....	16-251	5
A. Remarques générales .....	16	5
B. Première partie. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace .....	17	6
C. Deuxième partie. Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace .....	18-251	6
1. Introduction aux procédures d'insolvabilité .....	18-24	6
2. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité .....	25-37	8
A. Champ d'application du droit de l'insolvabilité .....	25-31	8
B. Critères de demande et d'ouverture .....	32-37	9
3. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité .....	38-92	10
A. Masse de l'insolvabilité .....	38-43	10
B. Protection de la masse de l'insolvabilité .....	44-57	11
C. Régime applicable aux contrats .....	58-74	14
D. Actions en annulation .....	75-92	18
4. Administration de la procédure .....	93-204	21
A. Droits et obligations du débiteur .....	93-116	21
B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité .....	117-131	25

---

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure .....	132-141	29
D. Comité des créanciers .....	142-160	32
E. Créances des créanciers et régime à leur appliquer .....	161-204	35
5. Liquidation et répartition .....	205-207	42
A. Ordre à établir aux fins de la répartition .....	205-208	42
B. Remise des dettes .....	208	43
6. Plans de redressement .....	209-243	43
7. Examen d'autres questions .....	244-251	49
A. Redressement extrajudiciaire et procédure accélérée de redressement ..	244-246	49
B. Champ d'application du droit de l'insolvabilité .....	247-248	51
C. Demande d'ouverture et ouverture .....	249-251	52

## I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission avait été saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) relative aux travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition, les travaux qu'elle avait déjà menés à bien sur l'insolvabilité internationale ainsi que ses solides relations de travail avec des organisations internationales ayant des compétences et des intérêts particuliers dans le domaine du droit de l'insolvabilité, la Commission constituait une instance appropriée pour examiner les questions du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition toujours, la Commission était instamment priée d'envisager de confier à un groupe de travail l'élaboration d'une loi type sur l'insolvabilité des sociétés, afin de promouvoir et d'encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière.

2. La Commission s'était déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes solides en matière d'insolvabilité. L'avis avait été exprimé que le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur de première importance dans les cotes de solvabilité internationales. On s'était toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international sur la législation relative à l'insolvabilité, qui faisait intervenir des choix sociopolitiques délicats et potentiellement divergents. Compte tenu de ces difficultés, on avait exprimé la crainte que ces travaux n'aboutissent pas. On avait déclaré qu'il ne serait très probablement pas possible d'élaborer une loi type universellement acceptable et que les travaux dans ce domaine devraient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Bien qu'il y ait eu des partisans d'une telle approche souple, il avait été convenu dans l'ensemble que la Commission ne pourrait prendre une décision définitive et s'engager à constituer un groupe de travail chargé d'élaborer une loi type ou un autre texte sans procéder à une étude plus approfondie des travaux déjà entrepris par d'autres organisations et sans avoir examiné toutes les questions pertinentes.

3. Afin de faciliter cette étude, la Commission avait décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue de l'élaboration d'une proposition de faisabilité qu'elle examinerait à sa trente-troisième session.

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

5. Il avait été convenu que le Groupe de travail devrait, dans l'accomplissement de sa tâche, garder à l'esprit les travaux qu'avaient entrepris ou achevés d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BASD), la Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau (IBA).

Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, avait organisé à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000, un colloque sur l'insolvabilité internationale.

6. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a pris note avec satisfaction du rapport du Colloque (A/CN.9/495) et s'est félicitée des travaux réalisés à ce jour, en particulier des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Elle a examiné les recommandations formulées lors du Colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session. Elle a confirmé que celui-ci devrait être interprété de manière large pour permettre d'avoir un produit de travail suffisamment souple, qui prendrait la forme d'un guide législatif. Afin d'éviter que ce dernier n'ait un caractère trop général ou trop abstrait pour fournir les lignes directrices requises, elle a proposé que le Groupe de travail garde à l'esprit la nécessité d'être aussi précis que possible dans ses travaux. Il faudrait à cette fin inclure autant que possible des dispositions législatives types, même si celles-ci ne portaient que sur certaines des questions devant être traitées dans le Guide.

7. Lors de sa vingt-quatrième session, tenue à New York du 23 juillet au 3 août 2001, le Groupe de travail sur l'insolvabilité a entamé son travail en examinant la première version du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité. Le rapport de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/504.

8. Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa vingt-cinquième session à Vienne du 3 au 14 décembre 2001. Y ont assisté des représentants des États membres suivants: Allemagne, Autriche, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Singapour, Soudan, Suède et Thaïlande.

9. Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Antigua-et-Barbuda, Argentine, Australie, Bélarus, Bulgarie, Croatie, Cuba, Danemark, Indonésie, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Nigéria, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, Slovaquie, Sri Lanka, Suisse, Turquie et Yémen.

10. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales suivantes: Association du barreau américain (ABA), American Bar Foundation (ABF), Banque asiatique de développement, Center of Legal Competence (CLD), Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Banque centrale européenne, Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP), Association internationale du barreau (IBA), Fédération internationale des professionnels de l'insolvabilité (INSOL), International Insolvency Institute (III), Fonds monétaire international (FMI), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

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

*Président:* M. Wisit WISITSORA-AT (Thaïlande);

*Rapporteur:* M. Jorge PINZON SANCHEZ (Colombie).

12. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: deux rapports du Secrétaire général (Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, A/CN.9/WG.V/WP.57 et 58) et note présentant les commentaires de la Commercial Finance Association sur les procédures informelles d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.59).

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

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

## II. Délibérations et décisions

14. À la présente session, le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a poursuivi son travail d'élaboration d'un guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, en tenant compte des décisions prises par la Commission à ses trente-troisième (New York, 12 juin-7 juillet 2000)<sup>1</sup> et trente-quatrième sessions (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001)<sup>2</sup> et conformément à ce qu'il avait décidé à sa vingt-quatrième session. Il est rendu compte des décisions et délibérations du Groupe de travail concernant ce guide législatif à la section III ci-dessous.

15. Le secrétariat a été prié d'établir, sur la base de ces délibérations et décisions, une version révisée du projet de guide, qui sera présentée au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa vingt-sixième session (New York, 13-17 mai 2002) pour examen et nouvelle discussion.

## III. Examen du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

### A. Remarques générales

16. Le Groupe de travail a commencé son débat sur le projet de guide législatif par un examen général de la première partie et de l'introduction à la deuxième partie (A/CN.9/WG.V/WP.57). Pour ce qui est de la première partie, l'avis général a été que la référence, au paragraphe 14, à la définition du terme "tribunal" devrait être éteffée. Il a été indiqué qu'une section distincte traitant du cadre institutionnel nécessaire pour faciliter la mise en œuvre effective et efficace d'une loi sur l'insolvabilité était essentielle; aussi satisfaisante qu'elle puisse être, une loi sur l'insolvabilité ne pourrait jamais être effective ou efficace, si elle était rarement appliquée ou mal appliquée. On a toutefois fait observer que si l'on traitait du cadre institutionnel, il faudrait nécessairement aborder des questions sensibles, touchant la réforme du système judiciaire et, éventuellement, de la justice.

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

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

## **B. Première partie. Principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace**

17. Il a été dit que les principaux objectifs pouvaient servir de critères pour déterminer les recommandations à faire figurer dans la deuxième partie du projet de guide et pour expliquer aux lecteurs de ce dernier comment avaient été prises des décisions de principe relatives aux diverses recommandations. On s'est toutefois quelque peu inquiété de ce qu'il y avait, entre les différents objectifs tels qu'ils étaient actuellement rédigés, une tension évidente qui risquait de les disqualifier comme critères. On a indiqué par exemple que l'objectif 1 – maximiser la valeur des actifs – risquait d'entrer en conflit avec l'objectif 2 – établir un équilibre entre liquidation et redressement – et que ce dernier était en réalité plus un moyen d'atteindre le premier qu'un objectif distinct d'un régime d'insolvabilité. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de hiérarchiser les objectifs et d'examiner comment établir un équilibre entre eux.

## **C. Deuxième partie. Dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace**

### **1. Introduction aux procédures d'insolvabilité**

18. S'agissant des procédures décrites dans l'Introduction à la deuxième partie du projet de guide (A/CN.9/WG.V/WP.58), il fallait, de l'avis général, traiter des procédures informelles ou extrajudiciaires des procédures dites "hybrides" (une réserve étant faite sur le point de savoir si ce terme était bien choisi pour désigner des procédures qui commençaient sous la forme de négociations extrajudiciaires informelles et devenaient à un certain moment des procédures judiciaires formelles. Quelle que soit la manière dont elles étaient décrites, il a été noté que les procédures hybrides commençaient de manière tout à fait informelle et que, même si le niveau d'accord nécessaire pour faire progresser les choses n'était pas atteint, on pourrait obtenir un soutien important de la part des créanciers en faveur du plan proposé. À ce stade, il était souvent souhaitable de pouvoir importer les résultats obtenus par la négociation informelle dans une procédure judiciaire formelle afin de créer un plan contraignant. On a dit qu'il fallait prévoir, dans la loi sur l'insolvabilité, la mise au point d'un mécanisme qui comprendrait les protections nécessaires pouvant permettre de convertir la procédure extrajudiciaire informelle en procédure formelle. Il a également été noté que ces procédures avaient évolué, dans la pratique, de manière à aborder les problèmes de structure du capital et non les dettes commerciales (dont il était supposé qu'elles pouvaient être gérées dans le cours des activités) et qu'elles s'appliquaient donc dans un nombre réduit de situations, sans se limiter pour autant à celles dans lesquelles il y avait des dettes internationales. Selon un avis, si, dans un cas particulier d'insolvabilité, les dettes non garanties étaient élevées, il ne serait peut-être pas indiqué d'envisager ce type de procédure, le montant de ces dettes risquant d'être trop important pour être pris en considération par le groupe des créanciers garantis.

19. On a fait observer que le moment auquel il pourrait être nécessaire de convertir la procédure informelle en une procédure judiciaire formelle pouvait différer selon les circonstances de l'espèce. Par exemple, si un moratoire était requis, s'il y avait un besoin de capitaux frais ou s'il était nécessaire de protéger la direction contre une éventuelle mise en cause pour des actes de gestion irréguliers, il faudrait peut-être le faire à un stade précoce. En revanche, si une procédure

judiciaire formelle était nécessaire pour s'adresser aux créanciers s'opposant au plan proposé, la conversion pourrait intervenir plus tard. Il a été rétorqué que si une conversion de la procédure pouvait intervenir tôt, les problèmes des opposants ne se poseraient peut-être pas du tout.

20. Il a été noté que les procédures extrajudiciaires informelles jouissaient d'une faveur de plus en plus grande dans la pratique, bien que la diversité croissante des groupes de prêteurs les rende plus complexes et plus difficiles à mettre en œuvre. On a fait observer qu'elles opéraient dans "l'ombre de la loi", n'avaient pas d'effet contraignant et ne faisaient donc pas partie du cadre législatif d'une loi sur l'insolvabilité. En réponse à cette observation, on a dit qu'elles étaient néanmoins importantes, car elles avaient été imaginées pour faire face à certains types de situation du débiteur et remédier à certains inconvénients de la procédure judiciaire formelle, en matière de souplesse, de rapidité et de coût. En outre, du fait qu'elles faisaient partie des procédures dites "hybrides", les informations détaillées dont on disposait sur elles serviraient d'introduction à ces dernières, qui comportaient à la fois des éléments formels et informels, et elles pouvaient en outre aider utilement à déterminer comment les procédures informelles pourraient être intégrées aux procédures formelles. Il a été fait observer par ailleurs que le projet de guide n'abordait pas du tout les aspects internationaux de la procédure informelle.

21. L'avis a été exprimé que les deux types de procédures méritaient un traitement détaillé, peut-être dans un chapitre distinct du projet de guide. On a indiqué qu'il serait peut-être utile d'examiner dans ce chapitre à quels types de débiteurs et de créances ces procédures pourraient s'appliquer, comment elles pourraient être engagées, comment elles seraient surveillées, quelles mesures pourraient être nécessaires, comment elles pourraient être adoptées (procédures de vote et régime applicable aux créanciers minoritaires qui n'étaient pas d'accord avec le plan proposé, y compris par exemple leur droit d'être entendu, la validité du traitement préférentiel accordé à certains créanciers et les questions de fraude). On a proposé que le projet de guide indique clairement les différentes options entre lesquelles devrait choisir le débiteur, qu'il s'agisse de procédures de négociation informelle ou de procédures judiciaires formelles.

22. Selon un autre avis, la procédure "hybride" ou procédure judiciaire accélérée pourrait être incluse dans les parties du projet de guide traitant du redressement formel, en tant qu'option supplémentaire fondée sur les mêmes normes et exigences que celles qui sont applicables pour l'approbation d'un plan de redressement élaboré de façon formelle. Il a été estimé que cette approche pouvait contribuer à l'accélération et encourager le recours à des négociations informelles. Il a été indiqué qu'un certain nombre d'organisations étudiaient le développement des procédures de ce type et que les délibérations du Groupe de travail pourraient peut-être tirer profit des résultats de ces travaux.

23. Pour ce qui est des procédures administratives, on a souligné que, du fait qu'elles avaient été élaborées en réponse à des défaillances financières systémiques et ne faisaient pas partie du régime usuel de l'insolvabilité, il n'y avait pas lieu de les traiter de façon plus détaillée ou de leur accorder plus d'importance qu'au paragraphe 45. Il a été suggéré d'introduire une mise en garde pour éviter que le projet de guide ne soit interprété comme préconisant la mise en place de telles procédures en vue d'un usage général. À cet égard, il a été noté que les procédures administratives soulevaient souvent des questions de transparence, notamment pour ce qui est de l'acquisition de prêts improductifs, et qu'il fallait mettre au point des règles détaillées pour assurer leur bon fonctionnement.

24. S'agissant de la relation entre la procédure de liquidation et la procédure de redressement, il a été suggéré que le projet de guide traite des limites requises pour garantir qu'il n'y ait pas d'abus, par exemple par un débiteur ou un créancier engageant les procédures successivement ou, si le seuil de liquidation était trop bas, qu'un créancier entame une procédure contre un débiteur pour essayer de prendre le contrôle de ce dernier ou de ses actifs. Il a été suggéré également que le paragraphe 54 traite du cas où une entreprise en liquidation pourrait être vendue en vue de la poursuite des activités ou de celui où le redressement impliquait la vente des biens du débiteur ou le transfert des activités à une autre entreprise.

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

### **A. Champ d'application du droit de l'insolvabilité**

25. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues pour déterminer quels débiteurs devraient être soumis au régime de l'insolvabilité.

26. Selon une proposition, le projet de guide devrait traiter de l'insolvabilité d'organismes caritatifs et d'autres organismes similaires. Il a été fait observer en réponse que cela ne serait pas conforme aux termes du mandat du Groupe de travail, qui était limité aux entreprises exerçant des activités commerciales. Il a été dès lors convenu de s'attacher exclusivement à l'insolvabilité d'entreprises commerciales, mais de mentionner dans le projet de guide que les législations nationales pourraient prévoir d'étendre le régime de l'insolvabilité à d'autres débiteurs que des entreprises commerciales.

27. Différents points de vue ont été exprimés quant à l'opportunité d'inclure les personnes physiques dans le champ d'application du droit de l'insolvabilité. Selon un avis, il n'y avait pas lieu en principe de faire de distinction en fonction de la forme juridique du débiteur – personne physique ou morale –, à condition que les pays soient toujours en mesure de prévoir des dispositions s'appliquant spécifiquement aux débiteurs individuels exclusivement. L'accent devrait plutôt être mis sur l'exercice d'une activité commerciale, indépendamment de la forme juridique de l'entreprise pouvant mener cette activité. Il a été proposé de prévoir un seuil de créances pour les petites entreprises afin d'éviter la prolifération de petites procédures.

28. Selon un autre avis, seuls devraient être inclus les débiteurs constitués en société, compte tenu de la moindre importance, pour l'économie en général, de l'insolvabilité des entreprises individuelles ou personnelles. Un point de vue analogue reposait sur l'idée que le régime applicable à l'insolvabilité de personnes physiques soulevait un certain nombre de questions d'ordre politique et social (dont celle de la remise des dettes), qui étaient susceptibles d'être traitées de manière différente d'un système juridique à l'autre. De plus, le traitement de l'insolvabilité personnelle pouvait s'avérer particulièrement difficile lorsque l'enjeu était le redressement.

29. Selon le point de vue qui a prévalu à l'issue du débat, il fallait éviter les distinctions fondées sur la forme juridique du débiteur – personne physique ou morale –. Il a été rappelé au Groupe de travail que toute décision à cet égard devrait être dûment reflétée dans le glossaire figurant dans l'introduction du projet de guide.



30. Il a été souligné que les paragraphes 5 à 7 de la section “Résumé et recommandations” traitaient de questions de compétence internationale qui, comme telles, se situaient hors du débat sur l’identification des débiteurs auxquels s’appliquerait le régime de l’insolvabilité. On a en outre fait observer qu’il ne serait pas opportun qu’un guide législatif propose aux États des restrictions ou des limites quant aux critères de compétence internationale dans le domaine de l’insolvabilité.

31. L’idée d’examiner dans le projet de guide les questions soulevées par une extension de la procédure à plusieurs débiteurs et dettes les concernant, ainsi que les principes à suivre pour régler ces questions, afin d’assurer un traitement équitable de l’insolvabilité de débiteurs dont la situation ou l’activité était liée, a reçu un certain appui.

## **B. Critères de demande et d’ouverture**

32. Selon un avis, le fait de présenter, au paragraphe 17 du commentaire, le critère comptable comme pouvant se substituer au critère de cessation générale des paiements pour l’ouverture d’une procédure de liquidation pourrait prêter à confusion. À cet égard, il a été noté qu’il fallait clairement distinguer la valeur comptable des éléments d’actifs de leur valeur marchande. La valeur marchande donnait une mesure plus fiable de la valeur de l’entreprise, tandis que la valeur comptable risquait de fausser celle-ci en raison de différences dans les pratiques comptables.

33. La question de la demande d’ouverture d’une procédure de liquidation a été examinée. Dans le cas de demandes présentées par des créanciers, il a été noté qu’un seul défaut de paiement ne devrait pas être suffisant pour permettre à un créancier d’engager une procédure de liquidation (*voir* par. 20 à 22 du commentaire). S’agissant de savoir si des créanciers détenteurs de créances non échues devraient pouvoir engager une procédure d’insolvabilité, la crainte a été exprimée que des créanciers n’abusent de cette faculté en menaçant d’engager une procédure d’insolvabilité afin de faire pression sur le débiteur pour négocier un paiement préférentiel (*voir* par. 20). À cet égard, il a été observé que le paragraphe 23 prévoyait que des créanciers détenteurs de créances non échues devraient peut-être pouvoir engager une procédure d’insolvabilité dans des circonstances exceptionnelles, notamment pour prévenir tout comportement abusif, comme une fraude du débiteur. Il a par ailleurs été dit que des organismes publics ne devraient pas recourir à une procédure d’insolvabilité dans la mesure où ils disposaient d’autres voies de droit pour faire échec à des actes illégaux ou des actes susceptibles d’être contraires à l’ordre public.

34. De même, on a signalé la nécessité d’introduire une certaine souplesse dans la section “Résumé et recommandations”. Selon une opinion, s’il était possible d’appliquer les mêmes critères aux demandes de mise en liquidation et aux demandes de redressement, les critères concernant ces dernières devraient être plus larges, eu égard à l’objectif du projet de guide, qui était d’encourager l’ouverture rapide d’une procédure en toute bonne foi en vue de redresser l’entreprise avant que le débiteur ne soit surendetté. (*voir* “Résumé et recommandations”, par. 2 et 3). Suivant la même logique, on a également fait observer qu’il était préférable de fixer un délai souple dans lequel un tribunal devait se prononcer sur une demande présentée par les créanciers et que le fait de spécifier le nombre de jours dont disposait le tribunal pour rendre sa décision pourrait poser des problèmes d’ordre constitutionnel dans certains pays (*voir* “Résumé et recommandations”, par. 4).

35. Il a été suggéré d'insérer, dans le premier paragraphe du résumé et des recommandations, un alinéa supplémentaire indiquant que les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives aux critères de demande et d'ouverture avaient notamment pour objet d'assurer l'adoption de critères transparents et sûrs.

#### *Coûts*

36. L'ensemble des participants se sont accordés à reconnaître que la question des coûts devrait être abordée dans le projet de guide pour favoriser la réalisation d'un objectif primordial, à savoir assurer une procédure à la fois efficace et peu coûteuse. On a fait remarquer en particulier qu'il importait d'éviter que la procédure n'entraîne des frais trop lourds qui pourraient dissuader les créanciers d'agir et, partant, aller à l'encontre du but recherché.

37. On a souligné qu'il était souhaitable de préciser les types de dépenses que devrait recouvrir le terme "coûts". À cet égard, on a estimé qu'il fallait traiter les frais afférents à la demande séparément des frais des professionnels chargés d'administrer la masse ou d'autres dépenses afférentes à la procédure et que des critères devraient être définis pour le classement de ces différents coûts.

### **3. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité**

#### **A. Masse de l'insolvabilité**

38. Le principe selon lequel la masse de l'insolvabilité devrait comprendre tous les biens dont le débiteur était propriétaire ou sur lesquels il avait un droit réel, y compris les biens sur lesquels les créanciers garantis avaient des droits, à la date de l'ouverture de la procédure, comme l'indiquait le paragraphe 43, a recueilli l'assentiment général. Selon un avis, cependant, le projet de guide devrait indiquer clairement que l'existence de ce droit de propriété ou de ce droit réel devrait être établie conformément au droit des biens applicable et non dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité. Selon un autre avis, le fait de déterminer l'existence de ces droits conformément au droit des biens applicable pouvait empêcher la mise en place d'un régime de l'insolvabilité efficace, et il ne faudrait donc pas adopter cette approche.

39. Pour les biens acquis après cette date, on a craint que le libellé du paragraphe 42 ne soit trop restrictif, en ce qu'il visait uniquement les biens acquis, "dans l'exercice de pouvoirs d'annulation ou dans le cours normal de la gestion des activités du débiteur". Aussi a-t-on proposé de reformuler le paragraphe pour indiquer que tout bien acquis par le débiteur entrerait dans la masse de l'insolvabilité quel que soit son mode d'acquisition.

40. L'idée d'aborder le régime applicable aux arrangements contractuels particuliers, comme les transferts réalisés à titre de garantie, les contrats de fiducie ou la consignation de marchandises, a été favorablement accueillie. À titre de remarque générale, il a été proposé d'examiner le lien étroit existant entre la question de l'extension de la masse de l'insolvabilité et le traitement de créances particulières, s'agissant notamment de savoir à quelles poursuites individuelles de créanciers devrait s'appliquer la suspension.

41. Selon un avis, le passage du paragraphe 43 qui faisait référence aux biens devant "être facilement retrouvés dans le bilan" prêtait à confusion car les biens en question ne figuraient souvent pas au bilan. Il a donc été proposé de le supprimer.

42. S'agissant du redressement, le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait souligner clairement la nécessité d'inclure dans la masse tous les biens indispensables au succès de la procédure. Dans ce sens, il a également été proposé d'établir un lien explicite entre le contenu de la masse et l'objectif de la procédure (en distinguant liquidation et redressement). On a aussi suggéré de faire une distinction, dans le projet de guide, entre les droits de propriété ou autres (dont les sûretés) sur les biens, pour lesquels l'ouverture d'une procédure serait sans conséquence, et l'exercice de ces droits, qui pourrait être restreint aux fins de la procédure de redressement.

43. S'agissant du paragraphe 52, on a fait remarquer que la question de la faculté de vendre les biens devrait être examinée séparément de celle des modalités ou procédures applicables à une telle vente.

## **B. Protection de la masse de l'insolvabilité**

44. Le Groupe de travail a examiné la question de la suspension des poursuites individuelles et de son application dans la procédure d'insolvabilité. On a noté l'importance de la suspension pour préserver le statu quo et donner du temps pour qu'une décision soit prise concernant un redressement ou une liquidation à effectuer le plus tôt possible. L'avis a été exprimé que le projet de guide devrait insister sur l'importance d'une infrastructure judiciaire adéquate afin de faciliter la suspension.

45. À titre de remarque générale, on a fait observer que les paragraphes 62 et 63 du commentaire traitaient des types d'actions auxquelles s'appliquait la suspension, alors que la section "Résumé et recommandations" mettait l'accent sur les parties auxquelles elle s'appliquerait. Il a été suggéré que le résumé et les recommandations traitent des deux questions.

### *Paragraphe 1 – clause relative à l'objet des dispositions*

46. Un certain nombre de suggestions ont été faites au sujet de la rédaction de la clause énonçant l'objet des dispositions. On a indiqué que le sens de l'expression "diverses parties intéressées", à l'alinéa a), devrait être précisé. On a dit également que le membre de phrase "les types d'actions auxquelles doit s'appliquer", à l'alinéa b), avait un sens incertain et qu'il faudrait le supprimer afin d'élargir l'application du texte. Enfin, il a été proposé de fusionner les alinéas b) et c) et d'exposer à l'alinéa d) les motifs de mainlevée d'une suspension.

### *Variante 1 et 2 – Application facultative et application automatique de la suspension*

47. Le projet de résumé et de recommandations proposait deux variantes, la première traitant de l'application facultative de la suspension, et la deuxième de son application automatique. Il a été suggéré de supprimer la variante 1 et de recommander l'application automatique de la suspension. À cet égard, on a fait observer que l'application facultative de la suspension par un tribunal, dont il était question dans la variante 1, pouvait être complexe et prendre du temps, ce qui comportait un risque de démembrement des biens du débiteur pendant que le tribunal l'envisageait, tandis que la suspension automatique renforçait la sécurité juridique et était plus prévisible. L'importance d'une suspension automatique dans le cas d'insolvabilités où intervenaient des créances indemnitaires a été soulignée.

48. Il a été noté que la suspension devrait s'appliquer automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais que cela n'aurait pas d'incidence

sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal de décider si la procédure devrait effectivement être ouverte. On a fait valoir en outre que les mesures provisoires (y compris éventuellement une suspension) qui pourraient s'appliquer entre le moment de la demande d'ouverture et celui de l'ouverture effective seraient disponibles uniquement à la discrétion du tribunal. À cet égard, il a été dit que l'on pourrait peut-être adopter la structure des articles 19 à 21 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Selon cette approche, la suspension pourrait être appliquée à titre provisoire entre le moment de la demande et celui de l'ouverture; elle s'appliquerait automatiquement dès l'ouverture à des actions spécifiées, des mesures supplémentaires pouvant être ordonnées à la discrétion du tribunal. Cette proposition a été appuyée.

49. S'il était vrai que, d'une manière générale, la suspension serait applicable par référence à l'ouverture de la procédure, on a indiqué qu'il faudrait employer dans le projet de guide une formulation plus précise. Il a été noté que, dans certains pays, la suspension prenait effet au moment où le tribunal prenait la décision d'ouvrir la procédure, dans d'autres au moment où cette décision devenait publique, et dans d'autres encore rétroactivement à la première heure du jour de l'ordonnance. On a fait observer que les règles relatives au moment auquel la suspension s'appliquait seraient importantes pour la protection de la masse et aussi pour ce qui était de l'application de la suspension aux paiements et de la nécessité de limiter au minimum le risque systémique.

#### *Paragraphe 3 – Mesures provisoires*

50. Le Groupe de travail est convenu que des mesures provisoires devraient être disponibles pour la période séparant le moment de la demande d'ouverture de la procédure et celui de l'ouverture, et il a été suggéré que le projet de guide examine de façon plus approfondie les raisons pour lesquelles de telles mesures provisoires facultatives pourraient être nécessaires. Pour ce qui est de l'étendue des mesures provisoires disponibles, celles-ci devraient, selon un avis, être limitées aux actions en exécution.

#### *Champ d'application de la suspension*

51. En ce qui concerne le champ d'application de la suspension, diverses propositions ont été faites quant à ce qui pourrait être couvert et à qui elle devrait s'appliquer. Il a été noté que les recommandations, telles qu'elles étaient rédigées, prévoyaient l'application de la suspension aussi bien aux créanciers garantis qu'aux créanciers chirographaires, mais non aux tiers. On a fait observer qu'il faudrait peut-être examiner des actions contre la masse émanant de parties, telles que des personnes ayant subi un préjudice corporel, qui n'étaient pas des créanciers, ainsi que des administrateurs (en particulier lorsqu'ils avaient fourni des garanties concernant l'endettement du débiteur) et, en cas de redressement, de la direction (du moins jusqu'à ce que le plan de redressement soit approuvé). On a fait remarquer que cette approche exigerait qu'une distinction soit établie entre l'application de la suspension en cas de liquidation et en cas de redressement. Quant aux types d'actions qui devraient être couverts, on a indiqué que le texte de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale pourrait peut-être inspirer l'approche à adopter.

*Paragraphes 5 et 6 – durée de l'application de la suspension aux créanciers garantis et mainlevée de la suspension dans la liquidation*

52. On a émis l'avis que le paragraphe 5 devrait prévoir comme règle par défaut l'application de la suspension aux créanciers garantis pour une courte durée à l'issue de laquelle ils pourraient essayer de faire exécuter leurs sûretés à moins que le représentant de l'insolvabilité ne demande au tribunal de proroger la suspension. Cette approche a recueilli un certain appui. Selon un autre avis, on pourrait peut-être faire une distinction entre la liquidation et le redressement, la suspension ne s'appliquant alors pour une courte durée que dans la liquidation. On a fait observer qu'il arrivait souvent que les créanciers garantis soient surgarantis et, s'ils cherchaient généralement à saisir toutes les occasions d'exécuter leurs sûretés et de sortir de la situation d'insolvabilité, il n'y avait pas de raison que la suspension ne continue pas à s'appliquer à eux pendant la durée de la procédure. Étant donné la charge administrative pesant sur le représentant de l'insolvabilité, on a estimé qu'une règle par défaut lui faisant obligation d'agir pour proroger la suspension pourrait constituer un fardeau supplémentaire inutile et favoriser les procès. On a fait valoir que le paragraphe 5, tel qu'il était actuellement rédigé, avait l'avantage de la souplesse en ce sens qu'il laissait le soin au tribunal de décider d'accorder un recours si le ou les créanciers garantis avaient subi un préjudice.

53. Le Groupe de travail a débattu de la mainlevée de la suspension appliquée aux créanciers garantis, telle qu'elle était mentionnée au paragraphe 6. Il a été noté, pour commencer, que si l'on faisait une exception pour les créanciers garantis, on risquait de faciliter le démembrement de la masse de l'insolvabilité et, ce faisant, d'aller à l'encontre de l'objectif de la procédure d'insolvabilité et de la suspension, qui était d'assurer la protection de la masse. À ce titre, on a estimé qu'autoriser un créancier garanti à réaliser sa sûreté pouvait constituer une préférence qui ne pouvait être justifiée. On a aussi fait observer que, certains pays accordant le même niveau de priorité aux créances résultant de contrats de travail qu'aux créances garanties, les premières pourraient aussi bénéficier d'une mainlevée de la suspension. À cet égard, on a indiqué que quelques pays accordaient à certaines catégories de créances une "supériorité" pour une période donnée, notamment aux créances salariales, et que dans d'autres les contrats de travail bénéficiaient d'un traitement spécial en vertu de la législation du travail. L'opinion a été émise qu'il ne faudrait pas que l'exception mentionnée au paragraphe 6 se traduise par l'octroi aux créanciers garantis d'une priorité supplémentaire aux dépens d'autres créanciers. Si une mainlevée de la suspension devait être accordée, le projet de guide devrait énoncer clairement pour quels motifs, que ce soit l'insuffisance de protection, la diminution de la valeur de la sûreté, ou d'autres raisons.

54. On a exprimé l'avis que la protection potentiellement offerte aux créanciers garantis par le paragraphe 6 était acceptable dans l'ensemble. On a fait observer que, dans sa formulation actuelle, il fallait que chacun des critères énumérés dans ce paragraphe soit rempli pour que le créancier garanti bénéficie de la mainlevée. En revanche, pour le paragraphe 10, il suffisait apparemment de satisfaire à un seul critère. On a indiqué que si, à la lumière du débat au sein du Groupe de travail, ces deux paragraphes étaient encore nécessaires, il faudrait peut-être examiner de plus près leur formulation.

*Paragraphe 9 – application de la suspension dans la procédure de redressement*

55. Il a été fait observer que le paragraphe 9 traitait du principe de l'égalité des créanciers garantis et des créanciers chirographaires. On a émis l'avis que, puisque

les premiers pouvaient demander une mainlevée de la suspension après un certain temps, alors que les seconds n'avaient pas cette possibilité, il faudrait peut-être réviser le paragraphe 9 pour refléter la position réelle des parties.

*Paragraphe 10 – mainlevée de la suspension applicable aux créanciers garantis*

56. Il a été indiqué que si le redressement devait être un moyen décisif de satisfaire tous les créanciers, y compris les créanciers garantis, la suspension devrait s'appliquer à ces derniers jusqu'à l'approbation du plan comme moyen de réaliser un équilibre entre les créanciers garantis et les intérêts collectifs. Autoriser les créanciers garantis à faire lever la suspension avant l'approbation pourrait compromettre le redressement et porter préjudice à d'autres créanciers. De l'avis général, il était justifié d'accorder une mainlevée de la suspension aux créanciers garantis lorsque la possibilité de redressement n'était pas réaliste et que la procédure pouvait être convertie en liquidation. On a demandé ce qui se passait, du point de vue de la suspension, lorsqu'il y avait une telle conversion. Il a été répondu que, si les règles relatives à l'application étaient les mêmes pour les deux procédures, aucun problème ne se posait, mais que si elles étaient différentes, il faudrait que la loi sur l'insolvabilité aborde la question de savoir lesquelles s'appliqueraient.

57. On a fait observer que le paragraphe 5 proposait l'application de la suspension pour une période limitée, mais que cela n'apparaissait pas dans le texte du paragraphe 10, où il n'était pas fixé de limite à la durée de la suspension. On a évoqué la question connexe de l'abus potentiel par des débiteurs qui introduisaient des demandes répétées de redressement (dans des circonstances où il n'y avait pas de perspective d'approbation d'un plan de redressement) pour tenir les créanciers garantis à distance et on a suggéré d'inclure des clauses de sauvegarde. Il a été dit aussi qu'il serait peut-être préférable d'aborder la question de l'abus tactique dans la partie du projet de guide traitant du plan de redressement. On a également fait observer que le paragraphe 10 n'abordait pas la question de la "protection adéquate" du créancier garanti, alors qu'elle était soulevée au paragraphe 11. Il a été suggéré que cette notion soit développée et qu'elle renvoie, entre autres choses, à la possibilité pour le créancier garanti, non seulement de fixer la valeur des biens garantis à une date particulière, mais aussi d'obtenir des garanties de substitution ou d'autres types de protection.

**C. Régime applicable aux contrats**

58. Le Groupe de travail a échangé des vues sur le régime applicable aux contrats n'ayant pas été entièrement exécutés par l'une ou l'autre partie à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

59. En ce qui concerne la structure générale du chapitre et les recommandations qui y étaient formulées, il a été suggéré de traiter, d'un côté, les questions de la continuation et de la résiliation des contrats et, de l'autre, celle de la cession. On s'est inquiété de ce que le terme "contrats" devrait recouvrir et il a été suggéré que des explications soient données dans le projet de guide. On a dit aussi que le mot "contrats" était peut-être inapproprié et qu'il faudrait parler plutôt d'"obligations qui sont maintenues ou auxquelles il est mis fin".

60. L'idée de mentionner, dans les recommandations, les critères en fonction desquels le représentant de l'insolvabilité devrait décider de la continuation ou de la résiliation d'un contrat a été soutenue, étant entendu que ce pouvoir était exercé

exceptionnellement et que tout critère afférent à son exercice devait être lié à l'objectif de maximisation de la valeur des biens dans l'intérêt des créanciers. Il a toutefois été fait observer que l'inclusion de ces critères dans le corps des recommandations pourrait être une source d'incertitude et qu'en conséquence il faudrait plutôt les mentionner dans la section commentaire du projet de guide.

*Paragraphe 1 – clause relative à l'objet des dispositions*

61. Le mot “intervenir” employé à l'alinéa a) du paragraphe 1, pour désigner le pouvoir du représentant de l'insolvabilité soit de résilier soit de continuer des contrats, a été jugé impropre car il pouvait faire penser à un pouvoir de modifier le contenu des contrats. Aussi a-t-il été proposé que cet alinéa fasse référence simplement au “pouvoir de résilier ou de continuer” ou qu'il soit rédigé de manière à ne pas mentionner quelle partie pourrait avoir la faculté d'exercer un tel pouvoir.

62. On s'est également inquiété de ce que l'exercice du pouvoir de résiliation ou de continuation des contrats soit limité au représentant de l'insolvabilité. Il a été fait observer qu'une telle limitation pourrait être excessive pour les systèmes juridiques où aucun représentant de l'insolvabilité n'était nommé et où le débiteur restait en possession de la masse de l'insolvabilité. Une proposition selon laquelle on pourrait examiner ce cas de figure dans la section commentaire du projet de guide a bénéficié d'un certain appui. Une autre proposition, qui visait à modifier la définition de “représentant de l'insolvabilité” figurant dans le glossaire pour y englober le débiteur non dessaisi, a suscité des objections au motif qu'il fallait éviter de mentionner, dans les définitions générales, des instruments ou mécanismes propres à quelques systèmes juridiques seulement et que la notion de représentant de l'insolvabilité employée dans le projet de guide laissait apparemment supposer que cette fonction exigeait à la fois des qualifications et des compétences.

63. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a réaffirmé d'une manière générale que le projet de guide devrait se concentrer sur la procédure d'insolvabilité menée par une personne nommée par le tribunal ou agissant sous son contrôle.

*Paragraphes 2 et 3 – résiliation des contrats*

64. S'agissant du paragraphe 2 du résumé et des recommandations qui traitait de la résiliation des contrats, il a été noté qu'il arrivait souvent dans la pratique qu'aucune décision ne soit prise à propos des contrats en cours parce qu'ils ne pouvaient tout simplement pas être exécutés et que si l'on demandait qu'un choix explicite soit fait pour chaque contrat, il en résulterait une procédure excessivement coûteuse et lourde. Il a été suggéré que ce point soit repris dans le projet de guide comme principe de base de ce chapitre.

65. Selon un autre avis, il faudrait prévoir un délai spécifique dans lequel le représentant de l'insolvabilité serait tenu de prendre la décision de poursuivre ou de résilier un contrat, dans l'intérêt de la sécurité juridique. Ce délai devrait être raisonnablement court (une durée de 45 à 60 jours a été proposée) et s'accompagner d'une disposition par défaut selon laquelle tous les contrats pour lesquels aucune décision n'aurait été prise dans le délai seraient réputés résiliés.

66. Bien que cette proposition ait reçu un large appui, il a été souligné qu'une résiliation automatique par l'effet d'une disposition par défaut ne devrait s'appliquer qu'aux contrats qui non seulement étaient en cours au moment de l'ouverture mais dont le représentant de l'insolvabilité avait également connaissance. Aucun effet automatique ne serait acceptable lorsque le représentant de l'insolvabilité n'avait pas connaissance d'un contrat et n'était donc pas à même de faire un choix. En

outre, l'absence de prise de décisions (c'est-à-dire résiliation ou poursuite des contrats) dans le délai prescrit aurait probablement des incidences sur les coûts et risquerait de poser des questions de responsabilité professionnelle si l'on constatait que la résiliation ou la poursuite était contraire à l'intérêt de la masse de l'insolvabilité.

67. Selon un autre avis, la question de la résiliation automatique devrait être traitée différemment dans le contexte de la liquidation et dans celui du redressement. En principe, la résiliation automatique serait acceptable dans une procédure de liquidation, alors que dans un redressement, il fallait plus de souplesse pour éviter que l'absence de décision en temps voulu ne prive la masse d'un contrat qui pourrait être capital pour la procédure. Il a cependant été fait objection à la proposition d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à demander une prorogation du délai pour les contrats considérés comme pouvant être utiles à la masse, au motif que cela pourrait alourdir la charge administrative déjà supportée par le représentant de l'insolvabilité et serait en contradiction avec le besoin de souplesse.

*Paragraphe 4 – effet de la résiliation*

68. Il a également été proposé que la question du contrôle des décisions du représentant de l'insolvabilité soit abordée dans une disposition large traitant des conséquences de ces décisions, y compris les dommages-intérêts, tels que mentionnés au paragraphe 4. À cet égard, les dommages-intérêts qui pourraient naître du fait de la résiliation de contrats devraient, selon l'avis qui a prévalu, être régis par les règles générales applicables aux dommages-intérêts, y compris pour la détermination de leur montant. Ces règles devraient s'appliquer étant entendu que l'efficacité des clauses d'indemnisation seraient soumises au contrôle du tribunal. La proposition selon laquelle ces dommages-intérêts devraient être traités comme des dettes de la masse de l'insolvabilité et être prioritaires n'a pas été appuyée au motif que de nombreuses créances dans l'insolvabilité découlaient de la rupture de contrats et le fait de leur donner la priorité leur conférerait un avantage excessif non étayé par des considérations de principe. Il a été également noté que, dans certains cas, il pouvait être justifié de limiter les prétentions nées de la résiliation, par exemple dans le cas d'un bail de longue durée où la période restant à courir pourrait donner lieu à la réclamation de sommes importantes et où le preneur avait en tout état de cause la possibilité d'atténuer ses pertes potentielles. Une situation similaire pourrait naître dans le cas des contrats de travail, où les salariés avaient souvent la possibilité de chercher un autre emploi.

*Paragraphe 5 et 6 – continuation des contrats*

69. L'idée d'autoriser la compensation dans le cas de contrats autres que des contrats financiers a été en général appuyée. À titre de remarque générale, il a été dit que le pouvoir de continuation ou de résiliation donné au représentant de l'insolvabilité ne devrait pas s'appliquer aux contrats financiers, du fait de leurs incidences systémiques et qu'il faudrait expliquer pourquoi dans le projet de guide. Il a en outre été suggéré d'indiquer expressément que les prêts méritaient un traitement particulier.

70. Selon un avis, il convenait, dans le droit de l'insolvabilité, de traiter les contrats de travail différemment des autres contrats, bien qu'il ait été observé qu'ils pouvaient relever d'autres lois accordant, par exemple, aux créances en résultant un traitement privilégié. Il a été dit également que la question de savoir s'il devrait incomber au tribunal de l'insolvabilité ou à un autre organe judiciaire ou administratif spécialisé de fixer le sort des contrats de travail et autres contrats



analogues dans le cadre de l'insolvabilité relevait des législations internes et ne devait pas être abordée dans le projet de guide. Le Groupe de travail a réaffirmé que la question de la résiliation de certaines catégories de contrats conclus avec des parties en position de faiblesse, comme les contrats de travail, devrait être laissée à l'appréciation des législateurs de chaque pays et qu'il faudrait donc, dans le paragraphe 5, remplacer le verbe "devrait" par "peut". Le projet de guide pourrait, selon un avis, suggérer aux législateurs nationaux d'envisager un dispositif de protection de ces parties, comprenant éventuellement des organismes de sécurité sociale et autres similaires.

*Paragraphe 7 – clauses de résiliation*

71. Plusieurs avis ont été exprimés quant au sort des clauses prévoyant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut entraîner la résiliation du contrat. Tout en reconnaissant que le projet de guide devrait mentionner différents niveaux possibles d'invalidité, comme cela était actuellement prévu dans le paragraphe 7, il a été souligné que c'était à la loi et non au représentant de l'insolvabilité de déterminer la nullité ou l'inopposabilité d'une telle clause. En conséquence, la loi pouvait prévoir que de telles clauses étaient, soit inopposables au représentant de l'insolvabilité, soit nulles de plein droit. S'agissant du libellé, il a été en outre proposé de remanier la formule liminaire du paragraphe 7 pour indiquer clairement que la résiliation en vertu de cette clause résultait de l'ouverture de la procédure et non de la clause elle-même.

*Paragraphe 8 – effet de la continuation*

72. L'idée selon laquelle le paragraphe 8, relatif au régime des créances nées de contrats poursuivis par le représentant de l'insolvabilité, devrait être interprété comme signifiant que ces créances devraient être traitées comme une dette de la masse et être payées en priorité en tant que dépenses afférentes à l'administration de la masse a bénéficié d'un certain soutien. Selon un avis contraire, il n'était pas justifié d'accorder une priorité à de telles créances. Il a été également souligné que cette question était liée à celle du financement postérieur à l'ouverture de la procédure et pourrait donc être également traitée dans ce contexte.

*Paragraphes 9 et 10 – cession*

73. S'agissant de la cession, le maintien de la disposition prévoyant la cession du contrat par le représentant de l'insolvabilité après approbation du tribunal, indépendamment de l'existence d'une clause d'incessibilité et de l'accord des parties, a été appuyé. On a cependant fait remarquer que la question devrait être régie par le droit général des contrats et non par des règles spéciales dans le cadre d'une loi sur l'insolvabilité. Selon cette approche, si les parties au contrat consentaient à la cession, celle-ci pourrait avoir lieu et, dans le cas contraire, aucune cession ne pourrait être effectuée. Il a été dit que si la disposition devait être maintenue à titre d'exception au droit général des contrats, il faudrait peut-être ajouter quelques précisions quant aux circonstances dans lesquelles une telle cession pourrait intervenir. L'idée de permettre au représentant de l'insolvabilité de passer outre à des clauses d'incessibilité dans les cas où de telles clauses étaient autorisées en vertu du droit général des contrats a été également appuyée. À cet égard, il a été souligné que l'expression "clauses d'incessibilité" devrait désigner aussi bien les clauses ayant pour effet de restreindre la cession que les clauses l'interdisant.

*Paragraphe 11 – exercice des pouvoirs du représentant de l’insolvabilité*

74. Il a été recommandé que les règles énoncées aux paragraphes 9, 10 et 11, prévoyant que le représentant de l’insolvabilité était habilité à décider de la résiliation, de la poursuite et de la cession des contrats sans avoir à obtenir l’approbation du tribunal, s’entendent sous réserve du droit des parties concernées de soumettre ces décisions au contrôle du tribunal et qu’elles soient adaptées en fonction du débat sur d’autres paragraphes de la section “Résumé et recommandations”.

**D. Actions en annulation**

75. Quelques suggestions ont été faites quant aux termes à employer dans le contexte des actions en annulation dans différentes langues, à la suite de quoi le Groupe de travail est convenu de concentrer son attention sur les questions de fond et de reporter à plus tard les problèmes de terminologie.

76. On a tout d’abord fait remarquer que le projet de guide devrait indiquer que les actions en annulation visaient spécifiquement à préserver l’intégrité de la masse et à assurer un traitement équitable des créanciers dans le cadre de l’insolvabilité et qu’elles n’étaient pas censées remplacer ou autrement modifier les moyens éventuellement prévus dans le droit civil ou commercial général pour protéger les intérêts des créanciers.

*Paragraphe 1 – clause relative à l’objet des dispositions*

77. À cet égard, on a estimé que le fait de viser à l’alinéa a) du paragraphe 1 du résumé et des recommandations les deux motifs d’annulation sous la forme d’une alternative – la nature frauduleuse de l’opération ou l’atteinte au principe de l’égalité de traitement des créanciers – risquait de prêter à confusion et qu’il fallait supprimer ces deux références. En réponse, on a fait observer que les opérations frauduleuses pouvaient être utilement mentionnées en tant qu’exemples concrets d’actes préjudiciables à l’ensemble des créanciers, à condition qu’il soit indiqué soit dans le commentaire, soit dans la section “Résumé et recommandations”, soit encore dans les deux, que les actions visant à faire annuler des opérations frauduleuses avaient pour but de permettre la reconstitution du patrimoine.

78. S’agissant du libellé de la disposition, on pouvait, selon un avis, le simplifier utilement dans la version anglaise en remplaçant le membre de phrase “the circumstances in which certain transactions which occurred prior to insolvency proceedings” par “the circumstances in which transactions prior to insolvency proceedings”.

79. À l’encontre d’une proposition tendant à supprimer l’alinéa c) du paragraphe 1, qui mentionnait le recouvrement de sommes d’argent ou d’actifs auprès de tiers comme l’un des objectifs des actions en annulation, on a fait valoir que cette disposition pourrait remplir une fonction pédagogique utile.

80. S’agissant de la relation entre les variantes 1 et 2, il a été proposé, dès lors que chacune traitait de problèmes différents qui se posaient dans le cadre des actions en annulation, que l’une et l’autre soient examinées par le Groupe de travail.

*Paragraphe 2 – opérations susceptibles d’annulation – Variantes 1 et 2*

81. Les participants se sont déclarés satisfaits du degré de précision de la variante 1 quant aux catégories d’opérations à prendre en considération, aux

circonstances entraînant la possibilité d'annulation et à la durée de la période suspecte s'appliquant respectivement à chacune de ces catégories. Il a été proposé que le paragraphe mentionne également les éléments essentiels des principales catégories d'opérations annulables (opérations frauduleuses, opérations à un prix sous-évalué et opérations préférentielles) tels qu'ils étaient énoncés aux paragraphes 134, 135 et 136 du commentaire.

82. Différents avis ont été exprimés quant à la détermination de la période précédant l'ouverture de la procédure pendant laquelle les opérations seraient susceptibles d'annulation (la "période suspecte"). Selon un avis, il ne serait pas possible de fixer une période unique qui conviendrait à tous les cas pouvant se présenter dans la pratique, si bien qu'une approche souple était préférable. En réponse, on a fait observer qu'une période fixe était nécessaire aux fins de la sécurité juridique. Sans proposer de période spécifique, les participants ont convenu qu'il vaudrait mieux que cette période soit relativement courte et qu'il fallait préciser son point de départ.

83. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait faire une distinction entre, d'une part, la question de la détermination de la période suspecte et, d'autre part, la limite applicable au droit du représentant de l'insolvabilité d'engager une action en annulation.

84. L'idée de prévoir expressément l'annulation des opérations conclues avec des "personnes ayant un lien privilégié avec le débiteur" ou des "créanciers initiés" a été très favorablement accueillie. Il a été recommandé de préciser ce que recouvrait chacune des deux catégories, en complétant éventuellement le glossaire et en tenant compte du fait que des personnes autres que des personnes physiques pouvaient également avoir un "lien privilégié" avec le débiteur. On a toutefois proposé que ces opérations soient traitées dans un paragraphe distinct au lieu d'être mentionnées comme une des catégories d'opérations annulables, étant donné qu'il fallait élaborer des règles dérogatoires spéciales pour ces opérations, sous l'angle tant de la charge de la preuve que la durée de la période suspecte.

*Paragraphe 3 – prorogation de la période suspecte*

85. On s'est opposé à la faculté, pour le tribunal de proroger la période suspecte, comme le prévoyait le paragraphe 3. On a estimé que le pouvoir d'appréciation ainsi conféré au tribunal pouvait faire planer une trop grande incertitude sur l'ensemble des opérations commerciales et aller à l'encontre des objectifs cruciaux de sécurité et de prévisibilité juridiques.

86. On a craint que la fixation de délais ne permette pas de régler le problème des opérations préjudiciables dissimulées par les parties qui étaient découvertes après l'expiration du délai d'exercice d'une action en annulation. En réponse, il a été noté que i) le délai de prescription de l'action ne commencerait pas à courir avant que le représentant de l'insolvabilité n'ait connaissance de ces opérations, conformément aux règles générales applicables à la prescription et ii) qu'il était toujours possible, dans de tels cas, de recourir aux voies de droit prévues par d'autres lois que la loi sur l'insolvabilité, y compris en matière pénale.

*Paragraphe 4 et 5 – questions relatives à la charge de la preuve*

87. Le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait donner des conseils sur la manière de traiter les questions relatives à la charge de la preuve se posant dans le cadre des actions en annulation. Il a été rappelé que, dans de nombreux systèmes juridiques, l'existence d'un ou de plusieurs éléments requis

pour engager des actions en annulation était présumée, la charge de la preuve incombant dans ce cas au cocontractant du débiteur. En conséquence, il a été recommandé que le projet de guide précise clairement les éléments qui devaient être prouvés et ceux qui devaient être présumés et qu'il indique également, pour ces derniers, si la présomption avait un caractère réfragable. Selon un avis, il fallait toutefois se garder d'énoncer des conditions trop détaillées dans le projet de guide, en particulier sur des questions touchant à la procédure, car celles-ci pouvaient être réglées par les législations internes. À cet égard, il a été réaffirmé que le but d'un guide législatif, contrairement à une loi type, n'était pas d'être directif mais était plutôt de donner des orientations aux législateurs en mettant certains problèmes en évidence et en proposant différentes solutions possibles afin de recommander éventuellement une ou plusieurs d'entre elles.

88. S'agissant de l'alinéa b) du paragraphe 5, il a été souligné que le fait d'exiger du cocontractant d'une opération présumée frauduleuse qu'il établisse la bonne foi du débiteur reviendrait à empêcher cette partie de s'opposer avec succès à l'annulation, dès lors qu'il risquait de lui être impossible d'apporter une telle preuve. Il a été en outre noté que cette solution était contraire à l'approche adoptée par un certain nombre de systèmes juridiques, dans lesquels la bonne foi était présumée et, seule la preuve de la mauvaise foi pouvait être exigée.

*Paragraphe 6 – non-engagement d'actions en annulation*

89. L'idée d'inclure dans le projet de guide une discussion traitant du cas où le représentant de l'insolvabilité n'engageait pas d'action en annulation a été appuyée. Tout en approuvant le principe selon lequel les créanciers devaient être autorisés à exercer cette action, le Groupe de travail a recommandé de préciser dans le projet de guide, que ce soit dans le commentaire ou dans la section "Résumé et recommandations", que cette faculté devait être exercée dans l'intérêt exclusif de la masse de l'insolvabilité et de l'ensemble des créanciers. De plus, il devrait être précisé dans le projet de guide si les créanciers pourraient alors prétendre recouvrer sur la masse les frais éventuellement supportés pour engager l'action en annulation dans l'intérêt de celle-ci et si, dans l'affirmative, cette créance aurait un caractère prioritaire. En vue d'éviter toute action abusive des créanciers qui aboutirait à désorganiser la masse, l'approbation préalable du tribunal pourrait aussi être prévue.

90. Selon un avis différent, si le représentant de l'insolvabilité n'engageait pas d'action en annulation, cette inaction devrait plutôt entraîner des sanctions pénales ou administratives à son encontre, notamment son remplacement. Il a été précisé en réponse qu'il fallait faire une distinction selon les cas. L'inaction fautive ou de mauvaise foi (ou, plus généralement, non justifiée par des raisons suffisantes) ne devait pas être traitée de la même façon que l'inaction d'un représentant de l'insolvabilité qui estimerait que l'action en annulation serait vouée à l'échec et serait plutôt une source de frais pour la masse. En conséquence, le projet de guide devrait clairement préciser que c'est au tribunal qu'il incombe d'évaluer les raisons de l'inaction du représentant de l'insolvabilité. Il a été en outre proposé que le projet de guide aborde la question de l'exercice des actions en annulation dans les systèmes où il n'est pas prévu de représentant de l'insolvabilité ni d'autre autorité administrative.

*Paragraphe 7 – opérations ayant lieu après l'ouverture de la procédure*

91. L'idée selon laquelle des opérations ayant lieu après l'ouverture de la procédure, actuellement visées au paragraphe 7, ne relevaient pas d'actions en annulation, a été bien accueillie. Des opérations intervenues après l'ouverture de la

procédure pouvaient être réputées sans effet ou nulles, selon le système juridique considéré, tandis que les actions en annulation étaient généralement conçues comme un moyen de priver d'effet des actes accomplis avant l'ouverture de la procédure qui seraient préjudiciables aux créanciers mais qui seraient valables hors du cadre de l'insolvabilité. En conséquence, les opérations ayant lieu après l'ouverture de la procédure devraient faire l'objet d'une section différente du projet de guide et être éventuellement traitées différemment selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement. À cet égard, il a été notamment proposé de traiter cette question dans le cadre de l'administration de la masse, de la suspension, ou des pouvoirs du représentant de l'insolvabilité.

92. Sur le fond, il a été dit que la disposition devait viser plus spécifiquement les différents régimes susceptibles de s'appliquer à des opérations postérieures à l'ouverture de la procédure. Poser un principe général d'annulabilité a été jugé inapproprié, étant donné qu'il existait dans les différents systèmes juridiques une grande diversité de solutions, consistant notamment à soumettre ces opérations à un contrôle, voire à une approbation, du tribunal, ou à les reconnaître comme valables mais entraînant la substitution du représentant de l'insolvabilité. Dès lors, l'idée de remanier la disposition a été appuyée, dans le but de préciser certaines distinctions quant au type d'acte et au contexte (liquidation ou redressement) dans lequel il intervenait. À cet égard, il a été proposé de prévoir un système d'autorisations par le tribunal et de réserver un traitement plus favorable aux opérations menées dans le cours normal de l'activité.

## **4. Administration de la procédure**

### **A. Droits et obligations du débiteur<sup>3</sup>**

#### *Remarques générales*

93. On a souligné l'importance pour le projet de guide d'une section sur les devoirs du débiteur, car il était souvent capital pour le succès tant de la procédure de liquidation que de la procédure de redressement que ces devoirs soient remplis correctement (en particulier, le devoir de coopération avec le représentant de l'insolvabilité et les autres autorités supervisant la procédure).

94. Selon une opinion, il faudrait, à des fins de transparence et de prévisibilité, identifier et traiter spécifiquement les obligations secondaires qu'impliquait ce devoir de coopération. Ce pouvait être par exemple l'obligation, faite soit au débiteur soit aux dirigeants et administrateurs d'une entreprise insolvable, de ne pas quitter leur résidence habituelle ou de divulguer leur correspondance au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal, ou encore d'autres restrictions à la liberté personnelle. Il a été fait remarquer que ces restrictions et leur extension aux dirigeants et aux responsables de l'entreprise étaient 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. On a toutefois attiré l'attention sur la nécessité de faire en sorte que ces obligations secondaires soient proportionnées au but visé par elles ainsi qu'à l'objectif général du devoir de coopération.

<sup>3</sup> Voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 152 à 170 et Résumé et recommandations qui suivent.

95. La proposition visant à compléter cette section par une énumération des sanctions qui s'appliqueraient si le débiteur manquait à ses devoirs a emporté l'adhésion générale.

*Paragraphe 1 – clause relative à l'objet des dispositions*

96. Il a été proposé d'adopter pour le paragraphe 1 un libellé tel que "a) de faire en sorte que des informations complètes et pertinentes sur le débiteur, ses biens et ses affaires financières soient fournies en temps voulu au représentant de l'insolvabilité; b) d'identifier la ou les personnes auxquelles il incombe de fournir ces informations".

*Paragraphe 2 – droit d'être entendu*

97. Le Groupe de travail est convenu qu'il était nécessaire de préserver le droit du débiteur d'être entendu pendant la procédure et qu'il fallait distinguer ce droit de tout droit de participer à cette procédure. Des propositions visant à limiter le droit d'être entendu aux "questions touchant les intérêts du débiteur", conformément à l'approche adoptée dans certains systèmes juridiques, ou à en déterminer la portée en fonction de la procédure (liquidation ou redressement) n'ont bénéficié d'aucun appui. Il a été fait observer que ce droit était énoncé dans l'intérêt du débiteur et pour sa protection et qu'il touchait à des questions fondamentales de droits constitutionnels, sur lesquelles la nature ou l'objectif de la procédure considérée étaient sans incidence.

98. Selon un avis, il était inutile de mentionner la nécessité d'empêcher le débiteur d'abuser du droit d'être entendu, car un tel abus était interdit en vertu des principes généraux du droit. Selon un autre avis, toutefois, une mention spécifique dans ce contexte pourrait être utile pour éventuellement dissuader le débiteur de toute tentative d'abus visant à empêcher la conduite rapide et efficace de la procédure.

99. On a estimé que le droit du débiteur de participer à la prise de décisions serait plus étendu dans un redressement que dans une liquidation et que le passage entre crochets devrait être complété en conséquence.

100. La proposition selon laquelle le débiteur devrait avoir le droit d'être informé des questions se rapportant à la procédure, que ce soit par le représentant de l'insolvabilité ou par le tribunal, a suscité des inquiétudes. D'une part, on a estimé que ce droit alourdirait excessivement l'administration de l'insolvabilité. D'autre part, on a fait observer que rien dans la loi ne devrait empêcher le débiteur de demander des informations au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal.

*Paragraphe 3 – obligations du débiteur*

101. La proposition d'inclure dans le projet de guide une recommandation selon laquelle la loi devrait énoncer expressément les obligations du débiteur en précisant éventuellement le contenu de ces obligations et les personnes au profit desquelles elles devaient être exécutées a bénéficié d'un appui. Il a été proposé à ce propos d'introduire une nuance concernant les systèmes dans lesquels aucun représentant de l'insolvabilité n'était nommé. Il a été également proposé que l'obligation du débiteur de répondre aux demandes d'information adressées par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal soit clairement mentionnée comme un aspect particulier du devoir général d'information, afin d'en accroître l'efficacité.

102. Pour ce qui est de la forme, il a été estimé que la disposition pourrait être plus efficace si elle était reformulée et si le débiteur en devenait le sujet (à savoir "le débiteur coopère..."). L'emploi de l'adjectif "récentes", pour les informations que le

débiteur doit fournir sur ses affaires, pourrait conduire à penser que de telles informations ne devaient être fournies qu'au moment de l'ouverture de la procédure, alors qu'en fait elles devaient également porter sur des périodes précédant cette ouverture. En conséquence, il faudrait demander aussi des informations "passées" et ajouter aussi que les informations ne devaient pas seulement être exactes et fiables, mais aussi "complètes".

103. Selon plusieurs délégations, l'obligation de fournir des informations au tribunal et aux autres organes s'occupant de l'insolvabilité devrait être étendue à toute personne ou entité pouvant être en mesure de fournir des informations, y compris les banques, les établissements financiers et les directeurs ou responsables de sociétés ayant un lien avec le débiteur. On a toutefois estimé que la question des limites du pouvoir du représentant de l'insolvabilité de demander des informations à des tiers était sensible, car il pourrait y avoir un conflit avec l'obligation de confidentialité ou des obligations analogues auxquelles ces parties étaient également soumises. De manière générale, on a fait observer qu'il fallait préciser dans le projet de guide si le pouvoir de demander des informations à des tiers, lorsqu'il était prévu, était aussi large que celui qui était donné au représentant de l'insolvabilité par rapport au débiteur. On a fait observer aussi qu'une telle extension pourrait être considérée comme un aspect particulier de la question générale du régime auquel étaient soumis les tiers dans une procédure d'insolvabilité et qu'il faudrait inclure dans le chapitre sur l'administration de la procédure une section traitant ces questions. Enfin, on a rappelé que la question des droits des tiers était traitée dans le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait poursuivre l'examen de ce point à un stade ultérieur.

104. On a réaffirmé qu'il était nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie des mesures en cas de non-exécution par le débiteur ou par un tiers de ses obligations, ceci afin d'assurer l'efficacité desdites obligations. Les délégations ont divergé sur la manière de procéder, à savoir recommander que de telles mesures soient prévues ou proposer des types précis de mesures (y compris des sanctions pénales, l'interdiction de diriger ou gérer des associations professionnelles ou commerciales ou, pour les personnes physiques, l'impossibilité de bénéficier d'une remise de dette).

*Paragraphe 4 – informations à fournir*

105. Il a été proposé de faire du paragraphe 4 le sous-alinéa c) du paragraphe 3, puisqu'il précisait les manières de parvenir à l'objectif découlant des obligations du débiteur de coopérer et de fournir des informations.

106. Sur le fond, plusieurs opinions ont été exprimées quant au type d'informations devant être communiquées par le débiteur. Selon l'une d'entre elles, l'obligation de fournir des états financiers, des comptes et des livres comptables, devrait être mentionnée explicitement comme un aspect capital du devoir de fournir des informations. Il fallait en outre prévoir la communication de toutes les opérations, qu'elles puissent ou non faire l'objet d'actions en annulation, puisque ce n'était pas au débiteur de prendre une décision en la matière. Après un débat, un appui s'est dégagé en faveur de la proposition selon laquelle la mention de certains des documents à fournir pourrait être complétée par une disposition générale énonçant l'obligation du débiteur de soumettre une partie ou la totalité des informations que le représentant de l'insolvabilité pourrait raisonnablement exiger.

107. Si les membres du Groupe de travail se sont accordés sur la nécessité d'une communication en temps voulu de toutes les informations pertinentes, on a fait remarquer que l'obligation devrait s'appliquer pendant toute la procédure et qu'il faudrait donc supprimer à la dernière ligne du paragraphe la mention de l'ouverture de la procédure.

108. Un certain appui a été exprimé en faveur de la proposition selon laquelle le débiteur devrait être tenu de révéler toute relation en cours avec des personnes ayant des informations et des liens privilégiés avec son entreprise, sans préjudice toutefois de la nécessité de tenir compte des questions de confidentialité pouvant intervenir.

#### *Paragraphe 5 – sanctions*

109. On s'est prononcé en faveur de mesures adéquates pour obtenir les informations nécessaires prévues dans le projet de guide, non seulement au cas où le débiteur ne s'acquitterait pas de son obligation, mais surtout en tant que grand principe de portée générale. À cet égard, le mot "autres" risquait de donner lieu à un malentendu et devrait par conséquent être supprimé.

110. Selon un avis, il serait approprié de traiter du pouvoir du représentant de l'insolvabilité de demander des informations à des parties autres que le débiteur et de les obtenir dans la section sur le débiteur. Selon un avis différent, la question relevait de la section sur les droits et obligations du représentant de l'insolvabilité. Le Groupe de travail a réaffirmé la nécessité pour le projet de guide de traiter spécifiquement de la position des tiers.

#### *Paragraphe 6 – confidentialité*

111. Bien que l'on se soit accordé sur la nécessité d'assurer la confidentialité, en raison du caractère commercialement sensible de la plupart des informations concernant la procédure d'insolvabilité, il a été souligné que le projet de guide pourrait peut-être recommander aux législateurs de coordonner le droit de l'insolvabilité et le droit procédural à cet égard.

#### *Paragraphe 7 – gestion de l'entreprise débitrice – liquidation*

112. D'une façon générale, on a estimé que la disposition devrait mettre l'accent sur la position du débiteur plutôt que sur celle du représentant de l'insolvabilité, conformément à l'objet de la section, et traiter du rôle du débiteur dans les deux types de procédures. Dans la liquidation, par exemple, le débiteur devrait transférer les actifs au représentant de l'insolvabilité (que cela se fasse automatiquement à l'ouverture ou exige une remise matérielle de la part du débiteur) et aider le représentant de l'insolvabilité à disposer des actifs.

#### *Paragraphes 8 et 9 – gestion de l'entreprise débitrice – redressement*

113. On s'est déclaré favorable à une modification du paragraphe 8 pour l'aligner sur la discussion figurant aux paragraphes 154 à 160 du commentaire, afin de rendre compte des différentes options quant à la gestion dans le cadre du redressement. On a noté que la même suggestion pouvait être faite à propos du paragraphe 9.

114. Plusieurs craintes ont été exprimées au sujet de l'"arrangement de partage" mentionné dans les deux paragraphes au motif qu'il pourrait faire penser à une convention privée. Il a été souligné que dans la plupart des systèmes juridiques les droits et obligations, respectivement, du débiteur et du représentant de l'insolvabilité n'étaient pas une question dont convenaient les parties, mais étaient prévus par la loi et régis par elle. Il a été noté que l'interdiction de la vente d'actifs



par le débiteur, à laquelle fait référence le paragraphe 8, ne reflétait pas de manière précise le pouvoir du débiteur de prendre toute mesure qui serait nécessaire dans le cours normal de ses activités. Une autre suggestion a été de fusionner les deux paragraphes.

115. Il a été suggéré que le projet de guide aborde la question de la responsabilité du débiteur, des directeurs et des gérants, et porte sur des points comme ceux qui sont abordés au paragraphe 170, et précise si la masse serait responsable de dommages éventuels causés par les actes de ces personnes et organes. Plus précisément, le projet de guide devrait indiquer que différents régimes de responsabilité s'appliqueraient suivant qu'il y avait eu fraude ou négligence. Il a été proposé d'inclure une recommandation spécifique sur la question de la responsabilité, indépendamment du fait que dans de nombreux systèmes juridiques les questions des responsabilités pouvaient être et étaient souvent régies par d'autres lois que la loi sur l'insolvabilité. Selon un autre avis, il vaudrait mieux aborder la question de la responsabilité dans le contexte des obligations du représentant de l'insolvabilité.

116. Pour ce qui est de l'obligation de rémunérer des professionnels ou des sociétés ayant effectué des travaux dans l'intérêt de la masse de l'insolvabilité, il a été convenu que ce principe devrait plutôt être abordé dans le cadre des obligations du représentant de l'insolvabilité.

## **B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité<sup>4</sup>**

117. À l'ouverture du débat, il a été noté que la définition du terme "représentant de l'insolvabilité", dans le glossaire de la première partie du projet de guide, indiquait que le représentant de l'insolvabilité pouvait être une personne morale. La question a été posée de savoir comment les obligations énoncées dans la section "Résumé et recommandations" s'appliqueraient dans ce cas. En réponse, on a fait observer que, dans certains pays, il était de pratique courante de nommer aussi bien des personnes physiques que des personnes morales; lorsqu'une personne morale était nommée, c'était en général en raison de la compétence des personnes physiques qui feraient le travail pour elle, cette personne morale étant elle-même soumise à une réglementation. Il a également été noté que, dans les cas où le représentant de l'insolvabilité était un agent public, il fallait peut-être indiquer dans le projet de guide la manière dont sa nomination pouvait avoir une incidence sur des questions comme la responsabilité, la rémunération et les qualifications requises. On a dit aussi qu'en tout état de cause, l'objectif fondamental de transparence devait être reflété dans les modes de nomination du représentant de l'insolvabilité et dans la conduite de la procédure par ce dernier. Selon un avis, toutefois, cette question concernait plus généralement l'ensemble de la procédure d'insolvabilité, y compris ceux qui y participaient.

### *Paragraphe 1 – clause relative à l'objet des dispositions*

118. S'agissant du libellé, il a été proposé de parler à l'alinéa a) du "représentant de l'insolvabilité" plutôt que d'une "personne" et de faire référence non seulement aux "fonctions" mais également aux "qualifications".

<sup>4</sup> Voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 171 à 186 et Résumé et recommandations qui suivent.

*Paragraphe 2 – nomination du représentant de l'insolvabilité*

119. S'agissant des modalités de nomination du représentant de l'insolvabilité, il a été dit que d'autres exemples pouvaient être ajoutés dans le projet de guide, comme la nomination par le débiteur (ou les administrateurs du débiteur), dans certains cas sans l'autorisation du tribunal, mais avec des garanties analogues à celles visées au paragraphe 7, ou la nomination par les pouvoirs publics. On a également fait observer que, dans certains systèmes juridiques, le représentant de l'insolvabilité pouvait être un agent public ou un groupe d'experts, ce qui pouvait supposer des modes de nomination autres que ceux visés à l'alinéa b). On s'est demandé s'il fallait faire référence, dans la recommandation, à la nomination d'un représentant à titre provisoire; cet aspect devrait peut-être être traité dans la section relative à la suspension et aux mesures provisoires. On a cependant fait observer qu'il n'était pas simplement question de la durée de la nomination, mais plutôt d'une éventuelle différence de qualifications, d'expérience et de fonctions. On a noté que lorsqu'un représentant était ainsi nommé à titre provisoire, il ne pourrait l'être que par décision du tribunal à l'exclusion de tout autre moyen. On s'est demandé s'il était possible que, dans certains cas, aucun représentant de l'insolvabilité ne soit nommé.

*Paragraphe 3 – qualifications*

120. Selon un avis, le mot "fiduciaires" n'étant connu que dans certains systèmes juridiques, il ne fallait pas l'employer dans le projet de guide, d'autant que la notion était déjà implicitement contenue dans celle d'obligations. De même, l'expression "compétente et capable" ("fit and proper") n'était couramment employée que dans certains systèmes et risquait d'être confondue avec la notion de compétence, alors qu'elle visait habituellement plutôt la moralité et l'intégrité. Il a été observé que dans certains systèmes juridiques, le mode de nomination déterminait les qualifications que devait avoir le représentant de l'insolvabilité (par exemple, lorsqu'il était nommé par les créanciers, il se pouvait qu'il doive être lui-même créancier).

*Paragraphe 5 – conflits d'intérêts*

121. Il a été dit que le paragraphe 180 devrait faire référence aux "relations antérieures ou existantes" et donner des exemples de ce que cette expression pouvait recouvrir, comme le fait d'être ou d'avoir été propriétaire de l'entreprise débitrice, d'avoir été en relations d'affaires avec le débiteur, ou de représenter le débiteur (dans le cas d'un professionnel). On a également estimé qu'il fallait tenir compte du degré de proximité dans les relations – par exemple appartenance à un cabinet ayant représenté le débiteur ou liens de parenté avec des personnes ayant été en relation avec lui –. Un autre exemple cité était celui d'une loi interdisant à un représentant de l'insolvabilité nommé dans une procédure de redressement d'être nommé ou de poursuivre sa mission dans le cas où cette procédure était convertie en liquidation. On a fait observer que le paragraphe, tel que libellé, faisait simplement obligation au représentant de l'insolvabilité de révéler certaines circonstances, alors qu'il devrait aller plus loin en disposant qu'un représentant de l'insolvabilité ne pouvait exercer sa fonction lorsqu'il y avait conflit d'intérêts ou atteinte à son indépendance. En réponse, on a exprimé la crainte qu'il soit souvent difficile, sauf dans des cas manifestes, de déterminer s'il existait de fait un conflit d'intérêts ou une atteinte à l'indépendance alors que, si les circonstances réelles étaient révélées, le représentant pouvait en général être nommé. Suivant un autre point de vue, l'impartialité était non seulement souhaitable, mais essentielle et, en cas de nécessité, il pourrait être demandé au tribunal de trancher. Il a été dit également que

tout représentant de l'insolvabilité dont la nomination était proposée devrait être tenu de révéler des conflits potentiels.

122. Une autre solution au problème du manque d'impartialité ou d'indépendance pourrait être de prévoir des sanctions spécifiques ou des mesures concernant la rémunération du représentant de l'insolvabilité. Il a été noté que certaines législations subordonnaient la nomination à la révélation des informations pertinentes, de telle sorte que, si un conflit surgissait après la nomination, des sanctions pourraient être appliquées.

#### *Paragraphe 5 – fonctions*

123. Il a été proposé que les fonctions énumérées au paragraphe 173 du projet de guide soient reprises dans la section "Résumé et recommandations", afin de satisfaire à la recommandation selon laquelle les fonctions devraient être clairement spécifiées. Selon une opinion différente, l'énumération donnée au paragraphe 173 était trop longue et devrait soit comporter un renvoi au résumé et aux recommandations, soit être raccourcie par la création de catégories générales correspondant aux fonctions énumérées et l'établissement d'une distinction entre liquidation et redressement. Pour compléter la liste et faire en sorte qu'elle ne soit pas interprétée comme étant exhaustive, on pourrait ajouter, à la fin, les mots "comme spécifié par le tribunal". Selon une autre proposition, la liste devrait faire référence à la mission de gestion des opérations du débiteur, ainsi qu'à l'obligation de signaler aux autorités tout comportement délictueux dont le représentant de l'insolvabilité pourrait avoir connaissance. Il a été également rappelé que, lorsqu'il avait examiné les droits et obligations du débiteur, le Groupe de travail avait abordé des questions relatives au fonctionnement de l'entreprise du débiteur, y compris le contrôle et la vente de biens, qui pourraient être traitées dans le paragraphe 5.

#### *Paragraphe 6 – responsabilité*

124. Il a été dit que la question de la responsabilité était particulièrement importante dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité et qu'il serait peut-être nécessaire de la traiter plus largement afin d'envisager non seulement les actes préjudiciables commis pendant la conduite de la procédure éventuellement par le représentant de l'insolvabilité, les créanciers et les tiers), mais aussi les fautes ayant entraîné l'insolvabilité et la responsabilité de l'autorité de nomination et de tiers. S'agissant du représentant de l'insolvabilité, il a été noté que la question de la responsabilité était étroitement liée à la nécessité d'attirer des professionnels qualifiés pour exercer cette fonction et d'encourager une conduite rapide et professionnelle de la procédure. Dans certains pays, il était présumé que le représentant de l'insolvabilité prendrait des décisions de gestion rationnelles et c'était au créancier ou à toute autre partie d'apporter la preuve contraire. Il a été également noté que les exigences en matière de preuve pouvaient varier selon la gravité de l'acte, par exemple selon qu'il s'agissait d'une faute légère ou d'une faute lourde. On a fait observer que certaines législations faisaient une distinction entre la responsabilité des services du représentant de l'insolvabilité et la responsabilité personnelle du représentant lui-même et prévoyaient souvent le versement d'une indemnité financée sur les biens de la masse pour des mesures prises dans l'accomplissement de cette fonction. Bien qu'il s'agisse d'une question délicate, il a été dit que plus le projet de guide serait clair, plus il favoriserait des pratiques et un comportement professionnel appropriés. Selon un avis contraire, c'était au droit général qu'il incombait d'établir des normes et des sanctions pour les

fautes professionnelles; le projet de guide devrait simplement comporter une formule générale semblable à celle figurant au paragraphe 6.

125. Il a été noté que le projet de guide mentionnait comme solution aux problèmes de responsabilité le recours à une caution et à une assurance responsabilité civile. On a fait observer que si le cautionnement visait à couvrir des pertes patrimoniales de la masse, il serait en général insuffisant pour financer des dommages-intérêts, pour lesquels une assurance serait nécessaire. Il a été reconnu que, dans un certain nombre de pays, la solution de l'assurance risquait de ne pas être largement accessible et que d'autres solutions devraient peut-être être étudiées.

#### *Rémunération du représentant de l'insolvabilité*

126. Selon un avis, le projet de guide devrait traiter de la rémunération du représentant de l'insolvabilité. On a fait observer que la rémunération devrait être proportionnelle aux qualifications du représentant de l'insolvabilité et aux tâches qui lui incombent et compenser la prise de risque de manière à attirer des professionnels qualifiés. S'agissant de savoir comment cette rémunération devrait être calculée, plusieurs méthodes ont été mentionnées – la rémunération pourrait être fixée à partir d'un barème approuvé, établi par un organisme public ou une association professionnelle, déterminée dans chaque cas par l'ensemble des créanciers ou le tribunal ou tout autre organe ou tribunal administratif, et être calculée sur le montant des dettes ou des biens de la masse (qui ne pouvait être évalué qu'à l'issue de la procédure une fois ceux-ci cédés et leur valeur déterminée). On pourrait énumérer les différentes méthodes dans le projet de guide tout en indiquant clairement que le caractère prioritaire de la rémunération du représentant de l'insolvabilité devrait être reconnu, et qu'une loi sur l'insolvabilité devrait traiter cette question et prévoir un mécanisme pour fixer cette rémunération.

127. On a noté que le paiement de la rémunération pourrait provenir de différentes sources. Lorsque la masse comprenait des biens non grevés de sûretés, 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 profitait aux créanciers; ou encore des frais supplémentaires pourraient être perçus sur les créanciers lorsqu'ils déposaient une demande d'ouverture, ce qui permettrait de financer au moins les dépenses initiales et l'accomplissement des fonctions essentielles. L'examen de la rémunération était une autre question dont il fallait tenir compte. Bien que celle-ci soit partiellement traitée dans les paragraphes 220 et 221, on devrait peut-être également l'aborder spécifiquement dans la partie consacrée au représentant de l'insolvabilité et prévoir à ce sujet un examen périodique pendant le déroulement de la procédure, ce qui permettrait de régler les problèmes (éventuellement par voie d'arbitrage entre le représentant de l'insolvabilité et les créanciers) à mesure qu'ils se posaient. On a également fait observer qu'il faudrait rattacher le problème de l'absence d'actifs (par. 175 et 176) à la question de la rémunération et peut-être l'étudier plus en détail en mentionnant le recours à des procédures simplifiées dans ce cas.

#### *Paragraphe 7 – motifs de révocation et de remplacement*

128. Selon une opinion, les motifs de révocation énoncés au paragraphe 7 étaient trop restrictifs et la liste devrait être complétée de manière à tenir compte des besoins de la procédure, notamment de la nécessité de pouvoir remplacer le représentant de l'insolvabilité nommé lorsque la procédure exigeait une compétence particulière ou différente qu'il ne possédait pas. On a estimé qu'il fallait indiquer clairement, dans

les motifs de révocation, le critère de diligence exigé en fonction des qualifications professionnelles ou de tout autre facteur et ajouter éventuellement les actes illégaux, les actes accomplis dans une situation impliquant un conflit d'intérêts et d'autres actes qui justifieraient la révocation.

129. On a fait remarquer que le paragraphe prévoyait la possibilité pour les créanciers de demander au tribunal la révocation du représentant de l'insolvabilité alors que, dans la réalité, il était fréquent que, dans d'importantes affaires d'insolvabilité, les petits créanciers ne puissent tout simplement pas exercer leurs droits parce qu'ils n'avaient pas un intérêt économique suffisant dans la procédure pour justifier le coût d'une telle demande. Pour remédier à cette difficulté, on pourrait peut-être envisager de financer cette dépense sur la masse, si la demande aboutissait.

*Paragraphe 8 – nomination d'un remplaçant*

130. Des réserves ont été exprimées quant à la nécessité de conserver la deuxième phrase du paragraphe. Il a cependant été souligné que, puisque différentes approches étaient adoptées en la matière et que, dans certains systèmes, les biens étaient confiés au représentant de l'insolvabilité, la question de la succession devrait être envisagée.

131. Il a été proposé de faire du paragraphe 8 un alinéa du paragraphe 7 et d'ajouter, comme motif de nomination d'un remplaçant, la maladie et toute autre raison pouvant amener le représentant de l'insolvabilité à cesser ses fonctions. Il a également été proposé que, chaque fois que le représentant de l'insolvabilité était remplacé ou révoqué, on lui impose l'obligation de remettre les livres, pièces comptables et autres informations au successeur.

**C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure<sup>5</sup>**

132. Les participants sont généralement convenus que le projet de guide législatif devrait traiter de la nécessité de faciliter l'offre de financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le cadre d'un redressement, d'une cession de l'entreprise débitrice en vue d'une poursuite de l'activité, ou d'une liquidation des biens du débiteur, tout en tenant compte des diverses approches en matière de priorité adoptées dans différents systèmes juridiques.

*Paragraphe 1 – Clause relative à l'objet des dispositions*

133. Plusieurs propositions ont été faites en ce qui concerne l'objet des dispositions devant être indiqué au paragraphe 1. On a estimé que celles-ci devraient viser, notamment, à faciliter l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour la poursuite des activités ou la survie de l'entreprise du débiteur, préserver ou augmenter la valeur des biens du débiteur et accorder une protection appropriée aux personnes qui fournissent un tel financement ou aux personnes dont les droits sont lésés par celui-ci. Il a été proposé à cet égard d'indiquer qu'un objet de ces dispositions était de trouver un équilibre entre l'octroi de priorités de paiement, comme mesure d'incitation de nature à attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, et les droits des créanciers existants. Il a été suggéré en outre que l'on précise dans le projet de guide que la décision d'accorder un

<sup>5</sup> Voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 187 à 191 et Résumé et recommandations qui suivent.

financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait s'étendre également aux crédits commerciaux.

*Paragraphe 2 – offre de financement postérieur à l'ouverture de la procédure*

134. Il a été dit que le paragraphe 2 devrait non seulement reconnaître la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, mais aussi encourager la prise d'une décision à un stade précoce pour savoir si ce nouveau financement était nécessaire ou si l'entreprise devait être liquidée, cette décision étant en fait la plus importante. Il a été noté que le paragraphe 191 du projet de guide rappelait la discussion que le Groupe de travail avait eue à sa vingt-quatrième session sur la question de savoir s'il était souhaitable de faire une distinction entre les différentes étapes de la procédure d'insolvabilité pour déterminer la nécessité d'un financement. On a fait observer que l'octroi de nouveaux prêts entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture et l'ouverture effective de la procédure pouvait être déterminant pour le maintien de l'activité de l'entreprise. On a cité un exemple où de nouveaux prêts pouvaient être obtenus pendant cette période à condition d'être considérés comme "indispensables" pour le débiteur. On a estimé que l'offre de prêts pendant cette période pouvait être différente selon que la procédure était volontaire ou involontaire. Dans le deuxième cas, on a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la question avant l'ouverture de la procédure. Il a été dit que le financement postérieur à l'ouverture de la procédure avait aussi de l'importance, pour des raisons analogues, pendant la période comprise entre l'ouverture de la procédure et l'examen d'un plan de redressement. La question de l'octroi d'un financement pour la période postérieure à l'approbation du plan devait être traitée dans ce dernier.

135. On a estimé que, dans le cadre de la liquidation, il faudrait qu'un financement soit disponible non seulement dans les cas où l'entreprise devait être cédée en vue d'une poursuite de l'activité mais, plus généralement, pour permettre de payer les salaires ou le renouvellement des polices d'assurance, les loyers, la poursuite des contrats et d'autres dettes qui pourraient se justifier par la poursuite des activités ou la nécessité de préserver la valeur des biens.

136. S'il fallait faire une distinction entre les différentes étapes de la procédure pour lesquelles un nouveau financement pouvait être requis, on a indiqué que l'organe susceptible d'autoriser un tel financement pouvait être différent selon ces étapes. Avant l'approbation du plan, la décision d'autoriser le financement pourrait incomber au représentant de l'insolvabilité, tandis qu'après l'approbation les décisions pourraient être soumises au contrôle des créanciers ou du tribunal. Il a été souligné que l'octroi d'un financement après l'ouverture de la procédure était limité et soumis à autorisation en raison du préjudice pouvant être causé aux créanciers et que le projet de guide devrait indiquer clairement que l'octroi de nouveaux prêts ne devrait pas léser les droits existants des créanciers garantis. Quoi qu'il en soit, on a proposé que l'exigence d'une autorisation soit fonction du préjudice pouvant résulter ou des avantages découlant de l'octroi d'un nouveau financement et que seules les parties susceptibles d'être lésées aient la possibilité de s'opposer et d'être entendues.

*Paragraphe 3 – pouvoirs du représentant de l'insolvabilité*

137. Un certain nombre de propositions de fond ont été faites à propos du paragraphe 3. On a dit pour commencer que ce paragraphe devrait être plus large et disposer que le représentant de l'insolvabilité pouvait obtenir un financement postérieur à l'ouverture si un tel financement était considéré comme nécessaire pour

la préservation ou l'augmentation de la valeur des biens et non simplement pour la continuation de l'activité, ainsi que l'indique le texte actuel.

138. On a émis l'avis que le paragraphe 3, dans sa formulation actuelle, semblait donner un important pouvoir discrétionnaire au représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne les décisions d'autoriser le financement postérieur à l'ouverture de la procédure et de constituer une sûreté. On a fait observer d'une manière générale que dans de nombreux pays c'était au tribunal qu'il revenait de prendre ces décisions, et non au représentant de l'insolvabilité, mais il a été souligné que le tribunal devrait de toute manière se fier aux informations fournies par ce dernier pour ce qui est du besoin de financement supplémentaire. Demander au tribunal d'intervenir ne faisait qu'ajouter une étape au processus. Quant à la constitution d'une sûreté, on a indiqué que cela ne poserait un problème que dans les cas où le prêt ne serait pas remboursé. Selon un autre point de vue, le fait de prévoir dans le projet de guide législatif l'intervention à un stade précoce du tribunal dans les décisions d'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture pourrait promouvoir la transparence et donner des assurances supplémentaires aux prêteurs potentiels. Un moyen de concilier ces points de vue serait peut-être, a-t-on suggéré, de fixer le montant au-delà duquel il faudrait une autorisation, ou bien de ne demander une autorisation que dans les cas où il y avait objection à ce que proposait le représentant de l'insolvabilité pour l'obtention d'un financement.

*Paragraphe 4 – priorité*

139. Le Groupe de travail est convenu que ce n'était pas au représentant de l'insolvabilité de décider du type de priorité à accorder en cas de financement postérieur à l'ouverture, mais à la loi sur l'insolvabilité. De l'avis général, on a estimé que, s'agissant de la priorité à accorder, le nouveau financement devrait être considéré comme une créance afférente à l'administration de la procédure, encore que l'on ait fait observer que les fournisseurs de biens et de services de l'entreprise insolvable devraient être encouragés à continuer d'approvisionner cette dernière et donc être payés en conséquence avant les créanciers garantis. À propos de biens et de services, on a également estimé que le mot "crédit" était trop restrictif et qu'il faudrait employer un terme plus général. Il a été noté que le paragraphe 4 devrait recommander aux pays qui accordent un degré de priorité plus élevé à certaines catégories de créances (par exemple le paiement des salariés) qu'aux créances afférentes à l'administration de la procédure ou aux créances non garanties, de prévoir ou de mentionner ces priorités dans la loi sur l'insolvabilité.

*Paragraphe 5 – régime applicable aux sûretés existantes*

140. Il a été dit dès le début de la discussion qu'il était nécessaire de préciser la différence entre les paragraphes 4 et 5; le paragraphe 4 ne traitait pas des sûretés existantes, tandis que le paragraphe 5 ne faisait référence qu'à ces dernières. On a émis l'avis que, comme il y avait généralement peu de chances que les créanciers titulaires d'une sûreté existante acceptent de consentir à un autre créancier une priorité sur la même sûreté, le paragraphe 5 semblait donner aux premiers un droit de veto qui pouvait avoir pour effet de favoriser la liquidation en mettant un obstacle à l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Selon une opinion différente, les créanciers garantis, dans certains systèmes, consentiraient cette priorité, car il était dans leur intérêt bien compris de le faire pour faciliter le redressement, éviter les litiges et accroître leurs chances d'être payés. On a indiqué que la différence d'approche dépendait peut-être de la faculté

donnée ou non aux créanciers garantis d'exécuter leur sûreté en dehors de la procédure d'insolvabilité.

141. On a fait observer que, dans certains pays, le tribunal pouvait accorder une telle priorité s'il déterminait que le créancier garanti avait sur les biens une sûreté suffisante pour ne pas être lésé par la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture. Dans d'autres pays, le tribunal devait être convaincu que des conditions supplémentaires étaient remplies, notamment que le créancier garanti était avisé et qu'il avait la possibilité d'être entendu par le tribunal, que le débiteur pouvait prouver qu'il ne pouvait obtenir le financement nécessaire par aucun autre moyen et que les intérêts du créancier garanti seraient protégés de manière adéquate. Selon un autre avis, le paragraphe 5 devrait établir le principe général selon lequel les sûretés existantes ne devraient pas être affectées par les sûretés postérieures à l'ouverture sans le consentement des parties garanties, mais en l'absence de consentement, le projet de guide devrait indiquer d'autres approches pour obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Il a été estimé d'autre part que les conditions de forme exigées pour le consentement devraient être déterminées par le droit interne général et non être stipulées dans le projet de guide.

#### **D. Comité des créanciers<sup>6</sup>**

##### *Paragraphe 1 – clause relative à l'objet des dispositions*

142. On a estimé qu'il faudrait indiquer au moins que les dispositions relatives au comité des créanciers ont pour objet i) de faciliter la participation de la collectivité des créanciers par voie de représentation et ii) de prévoir la nomination d'un comité et d'en déterminer les fonctions.

##### *Paragraphe 2 – nomination du comité des créanciers*

143. Le Groupe de travail s'est accordé à reconnaître que la présence d'un comité des créanciers pourrait contribuer à la transparence de la procédure et qu'il était donc souhaitable d'encourager la nomination d'un tel comité et d'en renforcer le rôle. Il a été proposé, dans cette optique, de remplacer les mots "peut être" par "est". Selon un autre avis, il faudrait mettre l'accent sur la représentation des créanciers plutôt que sur la facilitation de la conduite de la procédure.

144. Bien qu'il y ait eu accord sur le libellé général de la disposition, plusieurs membres du Groupe de travail ont émis l'avis qu'il faudrait éviter d'employer les mots "représentation" et "représenter". Il a été fait observer que dans de nombreux systèmes juridiques ces mots recouvriraient des mécanismes et des effets juridiques particuliers qui ne s'appliqueraient pas aux comités de créanciers. On a donc suggéré d'utiliser une formulation plus neutre exprimant l'idée de représentation, telle que "aux fins de la procédure vis-à-vis du représentant de l'insolvabilité et du tribunal".

145. On a attiré l'attention sur le fait que des catégories différentes de créanciers avaient vraisemblablement des intérêts différents, voire divergents, et qu'il ne serait donc pas indiqué de prévoir la participation dans un même comité de toutes les catégories sur un pied d'égalité. En outre, comme les créanciers garantis détiendraient probablement la majeure partie des créances, à la fois par leur nombre et par le montant de leurs créances, il était également probable qu'un comité unique

<sup>6</sup> Voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 192 à 212 et Résumé et recommandations qui suivent.



leur permettrait de s'imposer et de l'emporter sur les créanciers chirographaires, que le vote s'effectue sur la base du nombre des créanciers ou de la valeur des créances. En conséquence, afin de préserver à la fois le caractère représentatif et le bon fonctionnement du comité, on devrait prévoir des organes différents pour les différentes catégories de créanciers. On a également noté qu'il arrivait parfois que les créanciers ne souhaitent pas siéger au comité ou que le nombre de créanciers ne justifie pas la création d'un comité, auquel cas la collectivité des créanciers pouvait remplir les fonctions normalement exercées par le comité.

*Paragraphe 3 – fonctions du comité des créanciers*

146. Malgré les différences pouvant exister entre divers systèmes juridiques, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait mentionner clairement les deux fonctions habituellement exercées par le comité des créanciers (consultation et supervision) et préciser ce qu'elles pouvaient impliquer. Selon un avis, il importait que le comité soit capable de représenter et de défendre activement les vues des créanciers et ne soit limité dans l'exercice de ces fonctions que par le tribunal – et non par le représentant de l'insolvabilité. Sur le plan de la forme, on a estimé que l'adjectif "spécialisés", employé pour qualifier les conseils devant être donnés par le comité, était en contradiction avec le caractère général de la fonction consultative dont était investi le comité et qu'il devrait par conséquent être supprimé.

147. Il a été proposé de remplacer les mots "à la demande du", dans la dernière phrase du paragraphe, par les mots "en collaboration avec", qui reflétaient mieux la relation entre le comité des créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé que le projet de guide i) précise que, dans certains systèmes, le comité fonctionnerait en collaborant directement avec le tribunal et sous son contrôle et ii) indique quels mécanismes, éventuellement, s'appliqueraient en cas de conflit entre le comité et le représentant de l'insolvabilité.

*Paragraphe 5 – composition du comité des créanciers et sélection de ses membres*

148. En ce qui concerne l'ordre des recommandations, on a fait observer qu'il faudrait traiter la structure du comité avant ses fonctions et, par conséquent, inverser les paragraphes 3 et 5.

149. À titre de remarque générale, on a souligné que le projet de guide devrait préciser la distinction entre, d'une part, le comité des créanciers, indépendamment de la structure et des prérogatives qu'il pourrait avoir dans différents systèmes juridiques, et, d'autre part, la collectivité ou l'assemblée des créanciers, et que les pouvoirs et fonctions attribués au premier ne devraient pas porter atteinte aux droits de la seconde de participer ou d'intervenir de toute autre manière dans la procédure d'insolvabilité.

150. On s'est déclaré favorable à ce que la participation soit limitée à un nombre restreint de créanciers, qui serait déterminé par les législateurs nationaux, dans le souci de préserver l'efficacité de fonctionnement du comité. La proposition d'exclure de la participation les créanciers ayant des conflits d'intérêts, de manière à assurer l'indépendance du comité, a bénéficié d'un appui. On a toutefois souligné que cette exclusion devrait s'appliquer non seulement aux créanciers ayant un lien privilégié avec le débiteur, mais aussi à tout créancier susceptible d'avoir un intérêt personnel qui risquerait d'influer sur son impartialité dans l'exercice des fonctions du comité, par exemple un concurrent du débiteur.

151. On a appuyé l'avis selon lequel le projet de guide devrait définir le mécanisme de désignation des membres du comité, qui pourrait être par exemple l'élection par

la collectivité des créanciers ou la nomination par le tribunal, et prévoir le remplacement des membres n'ayant pas les compétences nécessaires ou ayant fait preuve de négligence ou d'inefficacité. Il a toutefois été souligné que dans certains systèmes juridiques le remplacement des membres du comité des créanciers était limité aux cas de négligence caractérisée et qu'une règle plus stricte risquait de décourager la participation des créanciers au comité.

152. La référence au "consentement à siéger", à la première phrase du paragraphe, a été jugée inutile, car il serait inconcevable de désigner comme membre du comité un créancier qui ne consentirait pas ni ne serait prêt à y siéger.

*Paragraphe 4 – appel à des consultants spécialisés*

153. Le Groupe de travail est convenu que c'était au tribunal et non au représentant de l'insolvabilité qu'il appartenait d'approuver l'emploi de consultants spécialisés sur proposition du comité des créanciers. On a noté qu'il était important, pour préserver son indépendance, d'indiquer que le comité des créanciers serait responsable devant le tribunal, et non devant le représentant de l'insolvabilité. Il a également été suggéré de mentionner l'impact économique positif qu'auraient sur la procédure la désignation et la participation d'un expert.

*Paragraphe 6 – obligations et responsabilité des membres du comité des créanciers*

154. Selon l'avis qui a prévalu, il n'était pas nécessaire de mentionner explicitement l'obligation des membres du comité des créanciers d'agir de bonne foi, du fait que la bonne foi, en tant que principe général du droit, s'appliquerait à l'accomplissement de toutes tâches. On a de nouveau déclaré qu'il ne faudrait pas que la norme de responsabilité imposée aux membres du comité des créanciers soit excessive, afin de ne pas décourager la participation.

155. La proposition d'exclure explicitement de la participation au comité les créanciers ayant un conflit d'intérêts a également été réitérée. On a souligné que la question pourrait se poser en particulier dans le cas de créances vendues après l'ouverture sur le marché secondaire, et dont les détenteurs auraient probablement des intérêts différents de ceux des créanciers initiaux. À cet égard, on a émis l'avis que lorsqu'un membre du comité vendait sa créance, l'acheteur ne devrait pas lui succéder automatiquement comme membre du comité des créanciers, mais devrait, pour y participer, remplir toutes les conditions requises.

156. On a estimé que l'expression "obligation fiduciaire" des membres du comité envers les créanciers ou les actionnaires ou les propriétaires de l'entreprise débitrice était de nature à induire en erreur dans certains systèmes juridiques. Aussi a-t-il été proposé de la remplacer par des termes plus neutres indiquant la base de la responsabilité éventuelle de ces membres. Un autre avis a été que la dernière phrase du paragraphe, prévoyant l'exclusion de toute obligation du comité des créanciers à l'égard des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise débitrice, ne rendait peut-être pas compte avec précision de certaines situations, dans le cadre du redressement, où les actionnaires ou les propriétaires recevraient un paiement et où il faudrait prévoir une exception pour les créanciers ayant un intérêt économique dans l'issue de la procédure.

*Paragraphe 7 – prise de décisions du comité des créanciers*

157. Bien que l'on ait fait observer qu'il ne serait peut-être pas approprié de recommander dans le projet de guide un mécanisme particulier de vote pour le comité, l'avis selon lequel ce dernier devrait être tenu d'établir un règlement

régissant son fonctionnement et son processus décisionnel, lequel pourrait prévoir des règles différentes pour divers types de décisions, a été appuyé. On a indiqué, par exemple, que le comité des créanciers pourrait être chargé de négocier un plan au nom de la collectivité des créanciers et qu'il faudrait peut-être, pour décider s'il y avait lieu de soumettre à cette dernière un plan particulier, une majorité différente de celle qui était requise pour d'autres types de décisions. Une proposition connexe a été qu'en établissant des règles qui pourraient indiquer la proportion qui constituerait un vote majoritaire, on ne devrait pas exiger l'unanimité, car cela risquerait de nuire au fonctionnement du comité et, en fin de compte, à la souplesse de la procédure. Selon un avis différent, il faudrait supprimer la disposition, étant donné la diversité des solutions qui pourraient être apportées dans les différents systèmes juridiques.

158. Il a été souligné que le paragraphe 7 traitait uniquement des décisions relevant des pouvoirs et des fonctions du comité des créanciers et qu'il ne visait pas à rendre ces décisions contraignantes pour la collectivité des créanciers ni à influencer d'une autre manière sur leurs pouvoirs, par exemple le pouvoir d'approuver un plan de redressement. À cet égard, on a réaffirmé que les pouvoirs du comité des créanciers découlaient de ceux qui étaient confiés à la collectivité des créanciers. Il a été suggéré de faire ressortir la relation entre la collectivité des créanciers et le comité des créanciers dans la structure des recommandations, en inversant l'ordre des paragraphes traitant respectivement de la première (actuel paragraphe 8) et du second.

*Paragraphe 8 – vote de la collectivité des créanciers*

159. Sans préjudice de ce qui serait décidé quant à l'ordre des paragraphes évoqués ci-dessus, il a été proposé que la recommandation relative à la collectivité des créanciers prévoie différentes règles de majorité pour différents types de décisions. Une règle de la majorité simple pourrait convenir pour la plupart des décisions, tandis qu'une majorité qualifiée serait plus appropriée pour des décisions plus importantes, comme celles qui concernaient le représentant de l'insolvabilité ou les questions de financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

160. On s'est déclaré favorable à l'idée de traiter des pouvoirs et du fonctionnement de la collectivité des créanciers dans une section distincte du projet de guide, par exemple dans un chapitre abordant les questions liées aux créanciers.

**E. Créances des créanciers et régime à leur appliquer<sup>7</sup>**

*Paragraphe 1 – clause relative à l'objet des dispositions*

161. L'objet des dispositions sur le régime applicable aux créances des créanciers tel qu'il est énoncé au paragraphe 1 a été généralement approuvé. Il a été dit que l'alinéa d) aurait peut-être davantage sa place dans la clause énonçant l'objet des dispositions relatives à l'ordre à établir aux fins de la répartition, au chapitre V.A.

162. Le Groupe de travail a convenu que l'alinéa a) du paragraphe 1 devrait être rédigé en termes plus généraux et ne pas viser simplement le représentant de l'insolvabilité, afin de refléter les différentes possibilités existantes quant à savoir qui devait examiner les créances.

<sup>7</sup> Voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 213 à 252 et Résumé et recommandations qui suivent.

163. Le terme “appeals” employé, dans la version anglaise, à l’alinéa b) du paragraphe 1 et dans d’autres paragraphes de la section “Résumé et recommandations” a été jugé impropre. Ce terme désignant, dans un certain nombre de systèmes juridiques, une voie de recours spécifique, l’emploi d’une formule plus neutre, comme “judicial recourse”, a été appuyé.

164. S’agissant de l’alinéa c) du paragraphe 1, il a été proposé de mentionner également d’autres catégories semblables de créances, comme les créances contestées, conditionnelles ou non monétaires, à condition toutefois que la liste ne prétende pas à l’exhaustivité.

*Paragraphe 2 – régime applicable aux créanciers étrangers*

165. Il a été proposé d’aligner le libellé de la disposition sur la terminologie de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale, dans laquelle la distinction entre créanciers nationaux et créanciers étrangers était fondée sur la résidence et non sur la nationalité.

166. En vue d’assurer l’égalité de traitement des créanciers étrangers, le Groupe de travail est convenu que la notification de la procédure devrait explicitement indiquer non seulement le délai de déclaration des créances, mais également toutes procédures et conditions de forme nécessaires pour cette déclaration, étant entendu que la définition de ces procédures devrait être laissée aux législations nationales. Il a néanmoins été estimé que l’objectif d’égalité de traitement des créanciers étrangers risquait d’être compromis si la comparution personnelle du créancier devant le représentant de l’insolvabilité était exigée, ce qui devait donc être découragé en ce qui concerne la déclaration des créances.

167. Il a été proposé, en particulier dans l’intérêt des créanciers étrangers, que la notification indique si la valeur de la créance serait examinée par rapport à la date de la demande d’ouverture, plutôt qu’à celle de l’ouverture même de la procédure, cela pouvant avoir une incidence sur la conversion de la monnaie dans laquelle la créance était libellée.

*Paragraphes 3 et 5 – déclaration des créances*

168. Le Groupe de travail a constaté que la question de la date de la déclaration des créances était traitée non seulement au paragraphe 3 mais également dans les premières phrases du paragraphe 5 et qu’il convenait donc d’examiner conjointement les deux dispositions.

169. La proposition tendant à ce que les législateurs nationaux soient encouragés à prévoir la déclaration des créances, soit dans un délai déterminé après l’ouverture de la procédure, soit à tout moment avant la répartition, a été bien accueillie. Il a été souligné que les conséquences d’un défaut de déclaration de la créance dans le délai prévu devraient être expressément traitées et définies dans la loi, dès lors qu’il existait de nombreuses options possibles, dont le déclassement de ces créances. Pour mettre en évidence la nécessité de prévoir des sanctions dans la loi sur l’insolvabilité, il a été proposé de modifier le paragraphe 3 en remplaçant le verbe “peuvent” par “doivent”. Il a également été proposé de traiter la question d’un déclassement contractuel des créances.

170. Il a été dit par ailleurs que ce n’était pas à la loi sur l’insolvabilité de déterminer quel régime de procédure et de fond s’appliquerait à une créance qui n’était pas déclarée dans la procédure d’insolvabilité mais que cette question relevait plutôt d’autres lois nationales pertinentes. Si l’extinction des créances non

déclarées était acceptable lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoyait la libération du débiteur à la clôture de la procédure, dans d'autres cas, le défaut de déclaration ne porterait pas atteinte à la possibilité de faire exécuter ces créances, ou la partie de ces créances qui n'aurait pas été réglée au cours de la procédure, en vertu des règles générales de fond et de procédure une fois que la procédure d'insolvabilité serait achevée. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé que la question soit traitée dans le cadre de l'examen de la remise des dettes, qui faisait actuellement l'objet du paragraphe 298 du commentaire. On a également estimé que les créances, y compris celles qui étaient garanties, devraient être déclarées à un stade précoce de la procédure afin que le débiteur et le représentant de l'insolvabilité puissent déterminer l'importance des créances antérieures à l'ouverture qui étaient opposables à la masse de l'insolvabilité.

171. Plusieurs inquiétudes ont été exprimées à propos de la dernière phrase du paragraphe, qui prévoyait qu'un créancier garanti ne devrait faire valoir ses créances que lorsqu'il avait renoncé à sa sûreté ou que la valeur de sa créance était supérieure à celle de la garantie. On a fait observer que le fait de subordonner la déclaration à la condition que la valeur de la créance excède celle de la sûreté risquait d'être source d'une grande insécurité, étant donné que l'évaluation pouvait être faite en fonction de différents critères (par exemple, valeur dans l'insolvabilité ou valeur marchande) et à différents moments. Il était en outre nécessaire, selon un avis, de prévoir que l'obligation de déclarer une créance s'appliquait à tous les créanciers, garantis ou non garantis, afin que le représentant de l'insolvabilité soit informé de toutes les créances garanties et du montant des créances en cours. Selon un autre point de vue, la déclaration des créances garanties ne pouvait être évitée que pour les sûretés résultant de l'inscription sur un registre public. Le Groupe de travail est convenu qu'il devrait être recommandé dans le projet de guide que le régime applicable aux créanciers garantis aux fins de la déclaration des créances soit clairement énoncé dans la loi sur l'insolvabilité.

172. La référence, dans la première phrase du paragraphe 5, aux créances devant être déclarées "sur la masse" risquait, selon un avis, de prêter à confusion car elle pouvait laisser entendre qu'il était nécessaire de déclarer des créances nées après l'ouverture de la procédure. En réponse, il a été précisé que le paragraphe 5 n'était censé viser que la déclaration de créances nées avant l'ouverture de la procédure et qu'en conséquence les mots "sur la masse" devraient être supprimés.

173. Il a été proposé que le régime applicable aux créanciers étrangers, dont il était question dans la troisième phrase du paragraphe, fasse l'objet d'un paragraphe distinct.

#### *Paragraphe 4 – liste des créanciers et état des créances*

174. Selon un point de vue, le débiteur devrait aider le représentant de l'insolvabilité à dresser la liste des créanciers, car c'était là un aspect important de son obligation générale de coopérer dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, s'agissant tant de la liquidation que du redressement. Il a été observé que, dans certains systèmes juridiques, l'établissement d'une liste de créanciers était une condition à laquelle était subordonné le dépôt d'une demande d'ouverture de la procédure par le débiteur.

175. Plusieurs avis ont été exprimés quant aux conséquences que subiraient les créanciers non mentionnés par le débiteur sur la liste. À ce propos, il a été dit que l'on pourrait préciser dans le projet de guide que la liste, telle qu'établie soit par le débiteur soit par le représentant de l'insolvabilité à partir des informations fournies

par le débiteur à l'ouverture de la procédure, serait susceptible de révision et de modifications à un stade ultérieur de la procédure. À cet égard, le Groupe de travail a admis que le contrôle de la liste par le représentant de l'insolvabilité et, en dernier ressort, par le tribunal, devrait être maintenu.

176. La question a été posée de savoir s'il était nécessaire qu'un créancier déclare une créance lorsque le débiteur présentait une liste admettant cette créance. Selon un avis, si l'on considérait une créance comme admise sur cette base, on courrait le risque que le débiteur n'utilise sa faculté de reconnaître une ou plusieurs créances particulières au détriment de l'égalité de traitement des créanciers.

#### *Paragraphe 6 – créances exclues*

177. À titre d'observation générale, il a été précisé que c'était au droit matériel et procédural général, et non à la loi sur l'insolvabilité ou au représentant de l'insolvabilité, de déterminer quelles créances il convenait d'exclure. Il a été proposé que le représentant de l'insolvabilité examine toutes les créances en cours à inscrire sur la liste conformément au droit matériel et procédural applicable. S'agissant du libellé, il a été proposé de supprimer le verbe "peuvent" qui risquait de laisser penser à tort que le représentant de l'insolvabilité avait un pouvoir discrétionnaire à l'égard de ces créances.

178. L'exemple des dettes de jeu a été jugé mal choisi, car le jeu était traité différemment dans le cadre du droit matériel de différents systèmes juridiques. Il a été dit que les créances fiscales étrangères devraient être traitées conformément à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

179. Plusieurs points de vue ont été exprimés quant à l'opportunité d'aborder dans le projet de guide le régime applicable à des catégories spécifiques de créances, dont i) des amendes ou autres créances (administratives) qui pouvaient être exclues de la procédure d'insolvabilité en raison de leur montant disproportionné à celui de la masse de l'insolvabilité; ii) des créances qui n'étaient pas exigibles à l'ouverture de la procédure; iii) des dommages-intérêts à valeur répressive; iv) des créances dont le montant n'était pas déterminé à l'ouverture de la procédure, comme des créances de dommages-intérêts ou des créances éventuelles résultant d'atteintes à l'environnement; et v) des créances contestées.

180. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait se garder de faire figurer dans le projet de guide une liste de créances exclues, et recommander à la place que de telles créances soient clairement définies et énumérées dans la loi interne.

#### *Paragraphe 7 – preuve des créances*

181. S'agissant du droit du créancier d'apporter la preuve de sa créance au moyen d'une déclaration, éventuellement faite sous serment, il a été estimé que cette approche constituerait une exception à la règle générale qui veut que chaque créancier apporte la preuve de la créance qu'il déclare, la question devant d'ailleurs plutôt être traitée et régie par les lois internes de procédure. Selon un autre avis, cette disposition, si elle était maintenue, devrait être complétée par des précisions quant aux circonstances permettant son application. Selon un autre point de vue, le destinataire d'une déclaration ou d'une déclaration sous serment affirmant l'existence d'une créance serait le tribunal et non le représentant de l'insolvabilité.

182. Il a été observé que le recours à une déclaration sous serment ou une déclaration du même type comme moyen de preuve n'était pas reconnu dans tous les

systèmes juridiques. Il a été en outre noté qu'en tant que moyen de preuve, une déclaration sous serment était coûteuse et donc de moins en moins employée même dans les systèmes où elle était admise. À titre d'observation générale, il a été rappelé au Groupe de travail que plus le projet de guide serait détaillé, notamment pour ce qui est des questions de procédure, plus il serait difficile de le rendre acceptable dans différents systèmes juridiques. Il a donc été proposé d'élargir la portée de la disposition, en permettant à chaque créancier d'apporter la preuve de sa créance par écrit sans comparaître personnellement devant le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal. À cet égard, il a été réaffirmé que des instructions précises quant au mode de preuve des créances, ainsi qu'à toute autre condition de forme applicable, devraient être fournies aux créanciers dans le cadre de la notification de l'ouverture de la procédure.

183. Il a été par ailleurs proposé que toute fausse déclaration de créances soit expressément sanctionnée.

*Paragraphe 8 – admission et rejet des créances*

184. En ce qui concerne l'admission des créances, il a été convenu qu'elle ne devrait pas intervenir automatiquement mais qu'il faudrait une décision du représentant de l'insolvabilité. En conséquence, le passage faisant référence dans la deuxième phrase du paragraphe aux créances pouvant être admises automatiquement devrait être supprimé. La proposition visant à recommander dans le projet de guide que le représentant de l'insolvabilité prenne sa décision rapidement, en particulier lorsque la créance était étayée par des documents adéquats, a bénéficié d'un certain soutien. L'idée de prévoir une admission automatique à titre d'exception pour les créances inscrites sur un registre public n'a pas recueilli de suffrages, non plus que la proposition d'établir une distinction selon que la créance pouvait ou non être immédiatement exécutée.

185. On a également estimé qu'il ne serait pas indiqué de se fonder sur des livres et pièces comptables pour admettre des créances, car il était improbable que ces documents soient correctement tenus, du moins lorsqu'il s'agissait du débiteur. On a fait observer que l'expression "livres et pièces comptables" pourrait également englober les livres et pièces comptables du créancier et que ceux-ci pourraient servir d'éléments de preuve conformément aux règles générales en matière de preuve, étant entendu que l'admission serait toujours subordonnée à l'approbation du représentant de l'insolvabilité. Il a été dit que ce dernier pourrait décider plus rapidement de l'admission ou du rejet de créances lorsque celles-ci étaient suffisamment attestées par des livres et pièces comptables.

186. Le fait de mentionner, à la fin de la deuxième phrase, le droit de contester l'admission ou le rejet d'une créance, risquait, a-t-on dit, d'encourager les actions en justice, mais cette opinion n'a pas été partagée. On s'est déclaré favorable à ce que le droit de contestation ne soit pas limité aux créanciers ou au représentant de l'insolvabilité, mais étendu à toute partie intéressée, par exemple aux créanciers dont les créances étaient contestées, au comité des créanciers et au débiteur. À cet égard, il a été également précisé que les créanciers dont les créances avaient été admises étaient en droit de contester l'admission d'autres créances. On a aussi suggéré de donner dans le projet de guide des détails sur les procédures de contestation – qui pourraient notamment prendre la forme d'une audience devant un juge.

*Paragraphe 9 – admission provisoire des créances*

187. Du fait que l'admission provisoire des créances pouvait avoir des conséquences importantes pour la procédure, en particulier lorsqu'un droit de vote était accordé aux créanciers dont les créances étaient provisoirement admises, le Groupe de travail est convenu que la question méritait une attention particulière dans le projet de guide.

188. Plusieurs avis ont été exprimés sur ce que recouvraient les différentes catégories de créances mentionnées au paragraphe 9 comme pouvant être admises provisoirement. Il a été convenu que le projet de guide devrait préciser i) si la notion de "créances d'un montant indéterminé" engloberait les créances non monétaires; et ii) si les "créances contestées" désignaient les créances faisant l'objet d'une instance en dehors de la procédure d'insolvabilité ou plutôt les créances contestées dans le cadre de cette procédure.

189. On s'est déclaré favorable à l'admission provisoire des créances conditionnelles et des créances non encore échues à la date de l'ouverture de la procédure. Il a été précisé toutefois que les créances non encore échues ne devraient pas être admises sur la base de leur valeur nominale, mais plutôt sur la base d'une valeur réduite correspondant à la période restant à courir jusqu'à l'échéance.

190. La proposition d'inclure dans le projet de guide, par souci de clarté, un examen général des créances remplissant les conditions requises pour être admises, puis un examen des créances qui, bien que ne satisfaisant pas à ces conditions, pourraient être admises provisoirement, a été soutenue. Il a en outre été souligné que chaque catégorie mentionnée au paragraphe 9 soulevait différents problèmes de fond et de procédure sur lesquels il faudrait peut-être se pencher.

191. Beaucoup ont été favorables à ce que la décision initiale concernant l'admission provisoire des créances incombe au représentant de l'insolvabilité et non au tribunal, sans préjudice du droit d'une partie opposante de saisir ce dernier. Afin d'accélérer la procédure, il a été proposé d'indiquer que le projet de guide adopte un principe général selon lequel le tribunal ne devrait intervenir qu'en cas de stricte nécessité.

192. S'agissant des effets d'une admission provisoire, plusieurs membres ont été d'avis que le projet de guide devrait identifier les droits accordés à un créancier dont la créance avait été admise à titre provisoire. Une suggestion a été que cela soit limité au droit d'être entendu devant le tribunal. On a estimé qu'en aucun cas les créanciers dont les créances étaient provisoirement admises ne devraient avoir le droit de participer à une répartition.

193. On a fait observer que le droit de faire réexaminer une évaluation était lié au droit de contestation prévu au paragraphe 8 et qu'il serait peut-être préférable d'aborder cette question dans une disposition unique. Tout en reconnaissant que le paragraphe 9 ne prétendait pas traiter des procédures d'évaluation, on a estimé qu'il serait bon d'examiner ces questions dans le projet de guide et d'indiquer les critères appropriés.

*Paragraphe 10 – effets de l'admission d'une créance*

194. On a tout d'abord fait remarquer que le chapeau du paragraphe pourrait laisser croire que tous les droits des créanciers dépendaient de l'admission de leurs créances. Or, cela serait en contradiction avec le fait que tous les créanciers ayant



déclaré une créance étaient au moins habilités à participer à la première assemblée des créanciers. Il faudrait donc modifier le texte en conséquence.

195. En ce qui concerne la portée du paragraphe, on a proposé de préciser que le mot “assemblée” désignait l’assemblée générale des créanciers et qu’un créancier dont la créance était admise devrait avoir tous les droits et exercer toutes les fonctions de cette assemblée, et non simplement le droit de voter. De l’avis général, ces droits et fonctions devraient au moins être les suivants: i) approbation ou rejet d’un plan de redressement; ii) élection des membres du comité des créanciers; et iii) rôle consultatif dans la nomination du représentant de l’insolvabilité.

196. D’autres propositions ont porté sur le pouvoir de l’assemblée générale des créanciers de prendre des décisions sur les questions suivantes: i) la relation entre la liquidation et le redressement; ii) la répartition des biens de la masse de l’insolvabilité; iii) le financement postérieur à l’ouverture de la procédure; iv) la rémunération des professionnels; v) le traitement des procédures judiciaires qui étaient en cours et auxquelles le débiteur participait au moment de l’ouverture de la procédure; vi) la poursuite de l’activité par le débiteur; ou vii) l’accord sur une restructuration accélérée. Enfin, un avis a été qu’il serait souhaitable d’inclure une disposition générale autorisant les législateurs nationaux à prévoir d’autres fonctions pour l’assemblée des créanciers, sans préjudice de la nécessité d’établir un équilibre entre ces pouvoirs et fonctions et ceux des autres organes et de préserver la souplesse de la procédure.

197. Outre les fonctions de l’assemblée générale des créanciers, il a été suggéré que le projet de guide traite de la relation entre cette dernière et le comité des créanciers (lorsque cet organe était constitué lors de la procédure d’insolvabilité) et indique quels pouvoirs de l’assemblée générale pourraient être délégués au comité.

198. S’agissant de l’alinéa a) du paragraphe 10, on a proposé d’ajouter que l’admission d’une créance donnait au créancier le droit de participer à la nomination d’un comité des créanciers.

199. Plusieurs observations ont été faites à propos de l’alinéa b) du paragraphe 10. On a fait remarquer que les mots “payer le créancier lors de la répartition” risquaient de renvoyer uniquement à une liquidation et qu’il faudrait donc également parler du paiement effectué conformément à un plan de redressement. On a dit d’autre part que la référence à l’admission établissant le “montant” de la créance que devrait payer le représentant de l’insolvabilité n’était pas suffisante et devrait être complétée par une référence à la “priorité” de la créance.

#### *Paragraphe 11 – droit à compensation*

200. Différentes vues ont été exprimées sur le point de savoir s’il était nécessaire de traiter des droits à compensation dans le contexte de la masse de l’insolvabilité (comme cela est fait aux paragraphes 116 à 120 du commentaire) ou dans les deux sections.

201. En réponse à la proposition de soumettre la compensation à la suspension pour donner au représentant de l’insolvabilité la possibilité d’examiner les créances respectives, on a indiqué que les divers systèmes juridiques avaient des règles de fond et des mécanismes procéduraux différents concernant la compensation. Étant donné le caractère sensible de la question, on a estimé qu’il n’était pas possible de s’entendre sur une solution unique. Il a néanmoins été souligné que la compensation impliquait une exception importante à l’égalité de traitement des créanciers et qu’il fallait en traiter. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que le projet de

guide devrait préciser si et dans quelle mesure les règles générales relatives à la compensation pourraient être affectées par la loi sur l'insolvabilité, en présentant les diverses options disponibles sans suggérer une règle particulière. On a noté la nécessité d'indiquer qu'il fallait préserver le fonctionnement du système de compensation pour la compensation financière globale.

*Paragraphe 12 – créances déclarées par les initiés et les actionnaires*

202. Plusieurs membres ont estimé que la référence aux "actionnaires" de l'entreprise débitrice était trop étroite, car elle visait une forme particulière de société, et qu'il fallait un terme plus large pouvant comprendre tous les types possibles de parties prenantes (que ce soit dans des sociétés ou par actions des sociétés de personnes). Quant au sens du mot "initié", il a été proposé de préciser à qui il était censé s'appliquer.

203. Pour ce qui est du régime de fond à appliquer à ces personnes, l'avis a été émis qu'il faudrait limiter leurs droits de vote. Selon un avis différent, toutes les créances détenues par des initiés ou des parties prenantes devraient être déclassées. On a rétorqué que le déclassement de toutes ces créances pourrait décourager les initiés et les parties prenantes de fournir un financement au profit du débiteur, ce qui réduirait sensiblement les chances de nombreux débiteurs d'obtenir des capitaux frais et de redresser leur situation financière. Aussi a-t-on suggéré que le déclassement ne s'applique qu'en cas de comportement irrégulier avéré. Selon une autre suggestion, une décision à cet égard devrait être prise soit par le représentant de l'insolvabilité soit par le tribunal après examen des circonstances dans lesquelles le prêt avait été accordé. Une autre suggestion encore a été que l'on applique le déclassement aux créances liées à une capitalisation insuffisante de l'entreprise débitrice et non aux prêts accordés à une société en difficulté financière.

204. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que la question devrait être de nouveau examinée à un stade ultérieur lorsqu'un texte spécifique aura été rédigé.

## **5. Liquidation et répartition**

### **A. Ordre à établir aux fins de la répartition**

205. Il a été tout d'abord proposé de modifier le titre de la section ("Liquidation et répartition") pour bien montrer que celle-ci traitait principalement de la répartition du produit de la réalisation des biens à la liquidation et non de questions spécifiques touchant à la liquidation. Selon une opinion, le projet de guide devait faire une distinction entre les cas où l'entreprise cessait ses activités et où ses biens étaient cédés et les cas où elle était maintenue en activité mais où certains de ses éléments étaient cédés à un repreneur, la section devant être axée uniquement sur les cas de vente forcée. L'autre cas de figure devrait être examiné dans le cadre de la cession de biens, question qui n'était traitée en détail dans aucune autre partie du projet de guide. On a estimé qu'il fallait indiquer clairement dans le projet de guide que le représentant de l'insolvabilité devait répartir le produit rapidement et ne pas retarder le paiement pour essayer de maximiser le montant à répartir en raison de fluctuations sur le marché considéré et que la répartition pouvait se faire sous la forme de paiements provisionnels.

206. Plusieurs suggestions ont été faites à propos de l'ordre dans lequel les paiements seraient effectués aux différentes catégories de créanciers. Certains

membres du Groupe de travail se sont inquiétés de l'inclusion des créances garanties et du but effectivement visé à cet égard. On a estimé également qu'il fallait revoir le classement des catégories de créances énumérées au paragraphe 2 comme suit: d'abord les dépenses du représentant de l'insolvabilité, puis les autres créances afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité, et enfin les créances nées avant l'ouverture de la procédure, telles que les créances garanties. Il a également été dit qu'aucune distinction ne devrait être établie entre les différents types de créances afférentes à l'administration de la procédure. On a noté qu'il faudrait prendre en compte d'autres catégories de créances, telles que les créances de tiers dont les biens étaient détenus par le débiteur, les créances bénéficiant d'un régime spécial en droit interne, telles que les créances salariales ou fiscales, et les créances pouvant être réglées autrement que par un paiement. Selon une opinion, le projet de guide devrait recommander, de façon générale, que l'octroi de priorités de paiement soit limité au minimum et que, lorsque de telles priorités étaient accordées par une loi autre que celle sur l'insolvabilité, les législateurs soient encouragés, pour plus de prévisibilité, à les énumérer dans la loi sur l'insolvabilité. On a également souligné la nécessité d'examiner le traitement du reliquat de fonds dans les cas où le débiteur était solvable et où une répartition était possible, notamment entre les propriétaires et les actionnaires, la question étant de savoir si les intérêts sur d'autres créances passeraient avant cette répartition. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est généralement convenu que le projet de guide devrait, non pas présenter un classement des créances aux fins de la répartition, mais plutôt donner des exemples de types de créances que les législateurs pourraient éventuellement prendre en compte.

207. On a appelé l'attention sur le fait que les dispositions du paragraphe 3, selon lesquelles les créances d'une même catégorie occupaient le même rang et devaient être réglées intégralement avant la catégorie suivante, étaient certes applicables pour certains types de créances, mais pas dans le cas des créances garanties.

#### **B. Remise des dettes**

208. Il a été fait observer que la situation d'un débiteur individuel par rapport à la remise des dettes après la clôture de la procédure variait d'un système juridique à l'autre. Selon un avis, le projet de guide devait mentionner les différentes options possibles allant d'une libération automatique du débiteur au maintien d'un contrôle du tribunal. On a estimé qu'il fallait citer davantage d'exemples des différentes approches au paragraphe 258 du commentaire. Entre autres facteurs pouvant déterminer le traitement accordé à une dette particulière, on a noté que la conduite du débiteur durant la procédure d'insolvabilité pourrait être prise en considération et qu'un lien direct pourrait être établi avec le devoir de coopération du débiteur. Ainsi, la remise des dettes pourrait ne pas s'appliquer à certaines catégories de dettes si, par exemple, elles n'ont pas été divulguées par le débiteur.

## **6. Plans de redressement<sup>8</sup>**

### *Paragraphe 1 – clause relative à l'objet des dispositions*

209. Différents avis ont été exprimés quant à l'objet des dispositions ayant trait au plan de redressement, tel qu'il est énoncé au paragraphe 1. L'idée de viser la

<sup>8</sup> Voir document A/CN.9/WG.5/WP.58, par. 261 à 299 et Résumé et recommandations qui suivent.

nécessité de fournir des informations suffisantes, sous l'angle tant de la situation du débiteur que du traitement des créanciers dans le cadre du plan, afin de permettre aux créanciers de prendre une décision en connaissance de cause, a été approuvée.

210. Selon un autre avis, la disposition telle qu'elle était rédigée risquait de faire double emploi, étant donné que la plupart des questions visées dans les alinéas a) à f) du paragraphe 1 étaient spécifiquement traitées dans les recommandations qui suivaient. En outre, nombre de ces questions se rapportaient aux mécanismes et dispositifs techniques d'exécution du plan plutôt qu'à l'objet des dispositions. Il a donc été proposé de remplacer la disposition par une déclaration générale indiquant que les dispositions relatives au plan de redressement avaient pour objet de faciliter l'élaboration, la présentation et l'approbation d'un plan de redressement.

211. Un accueil favorable a été réservé à l'idée de fonder la disposition relative à l'objet sur l'affirmation générale figurant dans le préambule de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, selon laquelle son objectif est de "faciliter le redressement des entreprises en difficulté financière, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois". Il fallait en outre viser l'objectif d'une optimisation de la valeur des biens.

212. À supposer que la structure du paragraphe soit maintenue, on a appuyé l'idée d'ajouter une disposition entre les alinéas a) et b) du paragraphe 1 pour préciser que l'effet obligatoire du plan était subordonné à son approbation.

213. Pour l'alinéa a), il a été proposé de faire expressément référence, dans le libellé, aux créanciers garantis et non garantis.

214. Pour l'alinéa b), il a été proposé que les parties prenantes de l'entreprise débitrice figurent aussi parmi les catégories éventuellement touchées par un plan. Il a été dit par ailleurs que la référence à "tous" les créanciers était inexacte, dès lors que tous ne subiraient pas nécessairement une modification de leurs droits ou de leur situation en vertu d'un plan. Selon un point de vue différent, cependant, le mot "tous" pouvait utilement souligner l'effet obligatoire d'un plan approuvé à l'égard des créanciers opposants.

215. La mention, à l'alinéa f) du paragraphe 1, de la remise des dettes, a suscité plusieurs critiques, puisque celle-ci n'était que l'une des multiples solutions qui pouvaient être proposées dans le cadre d'un plan de redressement et qu'elle n'était pas censée être un objectif du redressement.

216. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la structure de la disposition devrait être maintenue, à condition que soient bien distingués l'objet et les techniques d'exécution du plan et que soient visées toutes les questions susceptibles de se poser dans le cadre d'un plan.

#### *Paragraphe 2 – moment de la présentation du plan*

217. À titre d'observation préliminaire, il a été proposé, pour bien indiquer dans le projet de guide que tant le paragraphe 2 que le paragraphe 3 traitaient de plans non encore approuvés, de parler de "proposition de plan". Selon un avis contraire, le mot "plan" était couramment entendu comme désignant un plan de redressement tout au long des différentes phases de la procédure et, sous réserve qu'il soit clairement employé, il n'y avait pas lieu de modifier cette terminologie dans le projet de guide.

218. Le Groupe de travail est convenu que la question du moment de la présentation du plan et celle de l'auteur du plan devaient faire l'objet de deux paragraphes distincts.

219. L'idée selon laquelle le projet de guide devait recommander la présentation du plan en temps utile a été approuvée par le Groupe de travail, bien que différents avis aient été exprimés quant à l'opportunité de fixer un délai déterminé de présentation. On a préconisé que le délai soit déterminé par la loi en vue de préserver les objectifs généraux de prévisibilité et de transparence. Selon un avis différent, il était préférable d'adopter une approche plus souple permettant au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité de déterminer ce délai. Des solutions intermédiaires ont été par ailleurs proposées, tendant à ce que le tribunal puisse être autorisé à fixer ce délai dans les limites prévues par la loi, ou à ce que le tribunal soit autorisé à prolonger les délais prévus par la loi.

*Paragraphe 3 – élaboration du plan*

220. Pour ce qui est du mécanisme destiné à déterminer qui pourrait élaborer un plan, on a fait valoir que le fait d'autoriser différentes parties à présenter des propositions simultanément permettrait d'accroître l'efficacité de la procédure, alors que celle-ci risquait d'être allongée inutilement si les propositions étaient présentées successivement. Selon un avis contraire, il faudrait, pour avoir un processus ordonné, donner à une partie, que ce soit le débiteur ou une autre partie, une courte période d'exclusivité pour proposer un plan, après quoi, s'il ne l'a pas fait ou si le plan proposé a peu de chances de réussir, cette possibilité serait donnée aux autres parties. On a émis l'avis que pour encourager le débiteur à demander rapidement l'ouverture d'une procédure, c'était à lui que devrait être donnée l'exclusivité.

221. Bien qu'il ait été dit que la formulation d'un plan par le débiteur n'étant pas prévue par tous les systèmes juridiques, il n'y avait pas lieu de la mentionner, l'idée qui a prévalu était que le projet de guide devrait refléter différentes possibilités, dont la présentation par le débiteur, par les créanciers, par le représentant de l'insolvabilité seul ou en coopération avec le débiteur, ainsi que par toute autre partie intéressée, comme un concurrent du débiteur. Il a été proposé que la disposition visant la présentation du plan lors du dépôt de la demande soit rédigée en termes facultatifs, et non contraignants.

222. On s'est inquiété de ce que le débiteur ait la faculté ou l'obligation de consulter "les créanciers et le représentant de l'insolvabilité" avant de proposer un plan, comme cela est envisagé à la deuxième phrase du paragraphe 3. On a estimé que des consultations avec les créanciers risquaient de créer des situations de conflit d'intérêts et que seules devaient être envisagées des consultations avec le représentant de l'insolvabilité. Selon un avis similaire, bien que des consultations préalables avec les créanciers puissent augmenter les chances d'approbation du plan proposé, il serait plus approprié qu'elles soient menées par le représentant de l'insolvabilité que par le débiteur. Selon un autre avis, la collaboration était le meilleur moyen de parvenir à un plan acceptable.

223. En ce qui concerne l'établissement d'un lien entre un plan de redressement négocié et approuvé par le débiteur et les créanciers dans un cadre extrajudiciaire et la proposition d'un plan de redressement dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité par le débiteur, il a été suggéré que ces deux questions soient traitées séparément dans le projet de guide, en raison de la situation financière du débiteur: dans certains systèmes d'insolvabilité, des procédures extrajudiciaires n'étaient possibles que si le débiteur n'était pas insolvable.

*Paragraphe 4 – contenu du plan*

224. Le Groupe de travail a appuyé dans l'ensemble l'opinion selon laquelle la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le contenu d'un plan de redressement, de manière que soient précisées ses conséquences essentielles pour les diverses catégories de créanciers ainsi que pour les autres parties intéressées. Quant au contenu lui-même, il y a eu un certain nombre de propositions, notamment pour que soient abordées des questions telles que i) les catégories de créanciers et le traitement prévu de chacune d'entre elles (y compris, le cas échéant, l'échelonnement des paiements); ii) le traitement des contrats, y compris des contrats de travail; et iii) la vente éventuelle de l'entreprise dans son ensemble ou toute modification envisagée du capital de la société insolvable.

225. On a également appuyé la proposition d'inclure dans une déclaration à communiquer en même temps que le plan, plutôt que dans le plan lui-même, les renseignements descriptifs figurant entre crochets et en italique dans la deuxième phrase du paragraphe. La déclaration devrait indiquer, entre autres, le détail de l'actif et du passif du débiteur, le traitement proposé des créanciers, le paiement qu'il est proposé d'accorder aux créanciers et le plan du débiteur après le redressement (continuation de l'activité de l'entreprise ou liquidation des biens du débiteur).

*Paragraphe 5 – catégories de créanciers*

226. On a exprimé la crainte que la référence à la "nature et [au] contenu" des droits comme critère de répartition des créanciers en catégories ne soit trop étroite et l'on a suggéré de mentionner les priorités ou obligations liées aux créances ou bien la nature et l'importance des créances.

227. Il a été souligné que, dans la mesure où certains systèmes juridiques regroupaient en une seule catégorie le nombre souvent élevé de créanciers détenant des créances d'un faible montant, ce qui permettait souvent d'accélérer la procédure, on pourrait mentionner cette approche dans le projet de guide.

*Paragraphe 6 – approbation du plan*

228. En ce qui concerne les alinéas a) et b) du paragraphe 6, on a appuyé l'avis selon lequel la référence aux catégories prêtait à confusion, du fait qu'elle pouvait susciter des doutes quant à la relation entre les catégories, question qui était abordée au paragraphe 8 et qu'il faudrait préciser.

229. Il a été suggéré de préciser que seuls les créanciers dont les créances avaient été admises pouvaient voter.

230. Selon un avis, les termes "à une incidence", à l'alinéa a), étaient mal choisis, car la procédure d'insolvabilité avait une incidence sur tous les créanciers, et l'intention était ici de faire référence aux cas dans lesquels les droits des créanciers garantis et prioritaires pourraient être modifiés, soit parce que la loi en prévoyait la possibilité, soit parce que les créanciers acceptaient qu'ils le soient. Cette modification peut porter, par exemple, sur le prolongement de la période de remboursement de la dette et de l'intérêt.

231. Il a été suggéré que l'on précise le terme "créancier garanti" en donnant une définition, car l'expression pouvait désigner des situations différentes dans les divers systèmes juridiques. On a souligné aussi que les droits et obligations des créanciers garantis étaient essentiellement individuels et qu'il était peut-être inapproprié de les considérer comme une catégorie distincte.

232. À propos de l'alinéa b), il a été suggéré de parler de créanciers "ordinaires" au lieu de créanciers "chirographaires".

233. Selon un avis, l'approbation d'un plan par la majorité des actionnaires, dont il est question à l'alinéa c), ne conviendrait que dans les situations où le débiteur était solvable, car autrement les actionnaires auraient une mise réduite à néant et n'auraient pas le droit de voter ou de participer autrement à une distribution des actifs. Il a donc été suggéré de supprimer cette disposition. Selon un avis contraire, le droit de vote des actionnaires devrait être préservé comme moyen de contrôle des directeurs et gérants de la société. Selon un autre avis, le traitement des actionnaires devrait être abordé de manière détaillée dans une section plus générale consacrée au traitement de leurs créances.

234. Rappelant une discussion antérieure au sujet du paragraphe 12 de la section sur les créances des créanciers, le Groupe de travail est convenu que le terme "actionnaires" devrait être remplacé par un terme susceptible d'englober tous les types possibles de parties prenantes (par exemple, dans des sociétés par actions ou des sociétés de personnes).

*Paragraphe 7 – majorités requises*

235. Selon un avis partagé par quelques participants, le paragraphe, tel que rédigé, était trop précis, le projet de guide devant plutôt proposer différentes options, compte tenu des indications fournies au paragraphe 279 du commentaire, et préciser quelles solutions n'étaient pas souhaitables, comme l'unanimité ou la majorité simple du nombre des créanciers. En plus de déterminer ce qui pourrait constituer une majorité suffisante pour l'approbation du plan, la partie relative au résumé et aux recommandations devrait aussi, selon un avis, traiter de la manière dont les créanciers pourraient voter (soit en personne lors d'une réunion de la collectivité des créanciers, soit par correspondance ou tout autre moyen). On a fait observer que les modalités de vote pourraient à leur tour influencer la majorité requise; dans le cas d'un vote par correspondance, une majorité simple pourrait suffire, alors que pour un vote lors d'une assemblée de créanciers, une majorité qualifiée pourrait être nécessaire. Selon un autre avis, le représentant de l'insolvabilité aurait peut-être un rôle à jouer afin d'obtenir l'approbation nécessaire et, éventuellement, faire contrepois aux intérêts des créanciers majoritaires.

*Paragraphe 8 – imposition du plan aux créanciers opposants*

236. On a fait observer que le paragraphe, tel que rédigé, ne distinguait pas clairement les cas où des créanciers d'une catégorie particulière ne votaient pas comme la majorité des créanciers de cette catégorie et les cas où une ou plusieurs catégories de créanciers ne votaient pas comme la majorité des catégories. On a suggéré que ces deux questions fassent l'objet de paragraphes distincts, le premier concernant le traitement des créanciers opposants dans une catégorie particulière et le second – lié au rôle du tribunal visé au paragraphe 9 – concernant le traitement des catégories opposantes.

237. Tout en reconnaissant qu'il était essentiel pour la mise en œuvre du redressement que les créanciers puissent être liés par un plan de redressement approuvé à la majorité requise, les participants ont noté l'existence de différentes approches à cet égard. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le vote à la majorité requise, à la fois des créanciers au sein d'une catégorie et des catégories de créanciers, liait tous les créanciers sans aucune autre formalité, telle que

l'approbation ou l'homologation d'un tribunal. Dans d'autres lois, en raison de son caractère contractuel, le plan de redressement ne pouvait être imposé à tous les créanciers, en particulier à ceux qui ne l'avaient pas approuvé et ceux qui n'avaient pas part au vote sur une décision judiciaire.

*Paragraphe 9 – homologation du plan*

238. Reconnaissant les différentes approches exprimées dans le cadre de l'examen du paragraphe 8 sur la nécessité d'une homologation judiciaire du plan, le Groupe de travail s'est demandé ce que le tribunal pourrait être tenu de prendre en considération pour procéder à cette homologation. Selon un point de vue, le tribunal devrait seulement vérifier un certain nombre d'éléments comme la régularité du processus d'approbation; que les créanciers avaient reçu au moins autant, dans le cadre du plan, que ce qu'ils auraient reçu dans le cadre d'une liquidation; lorsque des catégories de créanciers opposants pouvaient être liées par le plan, que des créanciers de catégories supérieures avaient été intégralement désintéressés avant tout paiement à des créanciers de catégories inférieures, sauf accord contraire de leur part; et la légalité du plan. L'idée qu'il pourrait être demandé au tribunal d'examiner la faisabilité économique du plan a suscité des craintes, en particulier si cela devait obliger le tribunal à nommer des experts et approfondir l'examen de questions économiques. Il convenait de distinguer cette situation de la question, examinée au paragraphe 289 du commentaire, de la possibilité pour le tribunal d'examiner le caractère réalisable du plan, sans approfondir les aspects économiques.

239. Il a été observé que lorsque l'exécution du plan était subordonnée à son homologation par le tribunal, celle-ci n'exigeait pas nécessairement de longues procédures ni une analyse intégrale et détaillée du plan, mais elle pouvait être décidée de manière à limiter les frais au minimum et accélérer l'exécution.

*Paragraphe 10 – opposition de créanciers*

240. Il a été observé que dans certains systèmes dans lesquels une homologation judiciaire n'était pas prévue, le paragraphe 10 offrait à des créanciers lésés la possibilité, indispensable, de contester l'approbation du plan. Il a été également dit que le paragraphe pourrait aborder la question du réexamen de la décision du tribunal homologuant un plan approuvé.

241. L'idée que le paragraphe devrait mentionner les motifs pour lesquels le plan pouvait être contesté a été relativement bien accueillie, ces motifs pouvant être par exemple que les conditions de l'homologation n'avaient pas été remplies; que le plan prévoyait des paiements inférieurs à ce qu'ils seraient dans le cadre d'une liquidation; ou que la procédure d'approbation n'avait pas été régulière. Selon un autre point de vue, ces motifs devraient être limités aux cas de fraude afin d'éviter l'éventualité d'une interruption abusive de l'exécution du plan. On a également fait observer que le paragraphe devrait indiquer clairement à quel moment le plan pourrait être contesté (c'est-à-dire entre l'approbation et l'homologation ou après l'homologation).

*Paragraphe 11 – supervision de l'exécution du plan*

242. Il a été proposé de prévoir une disposition limitant la durée pendant laquelle le tribunal ou un autre contrôleur pourrait intervenir lorsque l'exécution devait se dérouler sur de longues années.



*Paragraphe 14 – fin du plan*

243. S'agissant de la conversion en une procédure de liquidation, il a été dit que cela ne devrait pas requérir une demande totalement nouvelle qui se traduirait par de nouveaux retards et des procédures inutiles. Une solution proposée était d'autoriser la présentation, durant la procédure de redressement, d'un plan de liquidation prévoyant la vente des biens. Il a cependant été noté que lorsque l'exécution du plan échouait très longtemps après l'ouverture de la procédure de redressement, une nouvelle procédure pouvait être nécessaire. Il a été également dit que la question de la conversion devrait être traitée de façon plus générale comme s'appliquant à tout moment durant la procédure de redressement et visant des situations comme celle dans laquelle le débiteur n'avait pas sincèrement l'intention d'entreprendre un redressement, lorsqu'il y avait une diminution continue de l'actif sans perspective de redressement; ou lorsque le débiteur manquait aux obligations qui lui incombaient dans le cadre de la procédure.

## **7. Examen d'autres questions**

### **A. Redressement extrajudiciaire et procédure accélérée de redressement**

244. Le Groupe de travail a examiné une note du secrétariat sur les redressements extrajudiciaires et procédures judiciaires accélérées de redressement qui avait été établie sur la base des délibérations antérieures du Groupe de travail, comme suit:

“Les restructurations extrajudiciaires et les procédures judiciaires accélérées de redressement se sont révélées un moyen à la fois efficace et économique de restructurer les dettes des entreprises en difficulté financière et, de ce fait, peuvent constituer des outils précieux parmi les différentes procédures d'insolvabilité auxquelles peuvent recourir les milieux d'affaires d'un pays. Une restructuration extrajudiciaire suppose généralement des négociations entre le débiteur et une ou plusieurs catégories de créanciers. En cas d'opposition ou de “résistance” d'une minorité de créanciers concernés, ceux-ci ne peuvent être liés que si une procédure de redressement est ouverte conformément à la loi sur l'insolvabilité et si un plan de redressement intégrant les conditions de la restructuration est homologué par le tribunal. Les avantages de la restructuration extrajudiciaire peuvent être préservés à condition de pouvoir accélérer la procédure de redressement dans ce cas.

Les restructurations extrajudiciaires devraient être encouragées, non parce que le système d'insolvabilité formel d'un pays est déficient, inefficace ou peu fiable, mais plutôt en raison des avantages qu'elles peuvent offrir en tant que complément d'un système d'insolvabilité formel assurant l'équité et la sécurité. Les procédures judiciaires accélérées pourraient être utilisées lorsqu'un nombre important de créanciers sont parvenus à un accord avec le débiteur mais qu'il n'y a pas eu unanimité.

#### *Procédures extrajudiciaires*

Il a été proposé d'inclure dans le projet de guide sur le droit de l'insolvabilité une étude des différentes procédures autres que les procédures de redressement ordinaires prévues dans la loi sur l'insolvabilité auxquelles il devrait être normalement recouru pour remédier aux difficultés financières ou à

l'insolvabilité d'une entreprise. Cette étude devrait notamment viser les textes qui ont été élaborés pour faciliter le déroulement de la phase extrajudiciaire de ces procédures, tels que les Principes d'INSOL International pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers, ainsi que les relations entre ces procédures informelles et les procédures de redressement prévues dans la loi sur l'insolvabilité.

Les restructurations extrajudiciaires concernent essentiellement la restructuration des dettes dues aux prêteurs et à d'autres créanciers institutionnels. Toutefois, elles font aussi fréquemment intervenir de gros créanciers non institutionnels, généralement lorsque l'engagement de ces créanciers est si important qu'une restructuration efficace est impossible sans leur participation.

Une autre caractéristique essentielle des restructurations extrajudiciaires est que, généralement, toutes les catégories de créanciers n'y participent pas. Les créanciers non institutionnels (autres que ceux mentionnés dans le paragraphe précédent) sont habituellement désintéressés soit dans le cours normal des affaires soit intégralement dans le cadre du plan de redressement. Ces créanciers ne s'opposent probablement pas à la restructuration proposée et il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient leur mot à dire dans la procédure.

#### *Procédures de redressement accélérées*

L'intervention d'un tribunal pour mettre en œuvre une restructuration qui a été négociée à l'amiable devient nécessaire lorsque le débiteur et la majorité souhaitent lier une minorité de créanciers opposants. Dès lors qu'il s'agit de modifier les droits contractuels de ces créanciers contre leur gré, cela ne peut être fait que dans le cadre d'une procédure judiciaire leur garantissant le respect de formes régulières.

Dans la plupart des systèmes juridiques existants, une modification de droits contractuels exige que la restructuration extrajudiciaire soit convertie en une procédure de redressement ordinaire conforme aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité, à laquelle participent tous les créanciers. Le temps est généralement un facteur capital dans le redressement d'une entreprise et des lenteurs (inhérentes à une procédure d'insolvabilité ordinaire) peuvent souvent compromettre un redressement efficace. Il importe donc que le tribunal tire parti de toute négociation et de tous travaux éventuellement menés avant l'ouverture d'une procédure de redressement dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité et que celle-ci l'autorise à accélérer cette procédure.

Le projet de guide devrait traiter de la mise en œuvre – au moyen d'une procédure formelle – d'une restructuration précédemment négociée à l'amiable et proposer l'insertion, dans la loi sur l'insolvabilité, de dispositions visant à faciliter des procédures de redressement accélérées qui prévoiraient:

- a) Une procédure plus rapide. Par exemple, si un plan informel ou d'autres documents remplissant les conditions de forme posées par la loi sur l'insolvabilité ont été négociés d'une manière informelle et qu'une forte majorité les approuve, le tribunal pourrait ordonner la tenue immédiate d'une réunion ou d'une audience, selon le cas, ce qui constituerait un gain de temps et d'argent;

b) Une dispense d'une partie de la procédure formelle. Par exemple, si une majorité suffisante de créanciers d'une catégorie particulière – généralement les créanciers institutionnels – a approuvé, de manière informelle, un plan de redressement conformément aux règles de vote prévues dans la loi sur l'insolvabilité et si l'application de ce plan ne porte pas atteinte aux droits des autres créanciers, le tribunal pourrait ordonner une réunion ou une audience de cette classe de créanciers seulement.

L'intention n'est toutefois pas de recommander que les créanciers opposants et d'autres parties se voient accorder, dans le cadre de procédures judiciaires accélérées de redressement, une protection moindre que celle prévue dans la loi sur l'insolvabilité pour les procédures de redressement ordinaires. Les règles procédurales applicables aux procédures de redressement accélérées doivent offrir foncièrement les mêmes garanties et protections que celles qui sont prévues pour les procédures de redressement ordinaires.

Il faudra peut-être modifier d'autres lois pour encourager les restructurations extrajudiciaires et les procédures de redressement accélérées ou en tenir compte. Ainsi faudrait-il peut-être revoir les dispositions qui exigent l'unanimité pour l'approbation d'un aménagement de la dette en dehors d'une procédure d'insolvabilité, celles qui rendent les dirigeants responsables des opérations effectuées durant la période de négociation d'une restructuration extrajudiciaire, celles qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de financements accordés pendant cette période et celles qui limitent la conversion de dettes en prises de participation".

245. La proposition de traiter ces procédures dans le projet de guide a été généralement appuyée. En particulier, on s'est déclaré favorable à l'inclusion dans le projet de guide d'un examen des procédures extrajudiciaires informelles, y compris un examen des circonstances dans lesquelles on pourrait recourir à de telles procédures, des parties qui pourraient y participer et des mécanismes existants propres à faciliter leur conduite. Pour ce qui est des procédures judiciaires accélérées, on a appuyé l'idée d'établir comment la procédure extrajudiciaire pourrait être intégrée dans la procédure accélérée de redressement et il a été estimé qu'il fallait préciser davantage la proposition en indiquant notamment les situations dans lesquelles une telle procédure pourrait être utilisée, les critères qui déclencheraient son utilisation et les garanties qu'il faudrait inclure pour les créanciers.

246. Le secrétariat a été prié de préciser davantage la proposition pour examen par le Groupe de travail à une réunion ultérieure.

## **B. Champ d'application du droit de l'insolvabilité**

247. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes relatifs au champ d'application du droit de l'insolvabilité sur la base de ses délibérations antérieures comme suit:

“Les dispositions relatives à l'éligibilité et à la compétence ont pour objet de déterminer:

a) quels types de débiteurs peuvent être soumis au droit de l'insolvabilité;

b) quels types de débiteurs doivent faire l'objet d'un traitement particulier et devraient par conséquent relever d'un régime spécial de l'insolvabilité et être exclus du régime général;

[c) quels débiteurs ont un lien suffisant avec le présent État pour être soumis à ses lois sur l'insolvabilité.]

#### 1. Éligibilité

a) Une loi sur l'insolvabilité devrait régir la procédure d'insolvabilité de tous les débiteurs ayant une activité commerciale [y compris des entreprises publiques ayant une activité commerciale].

b) Les banques, les compagnies d'assurance et d'autres entités spécifiées qui sont soumises à une réglementation spéciale et à un régime spécial d'insolvabilité peuvent être exclues du champ d'application du droit général de l'insolvabilité.

#### 2. Compétence

a) Une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur si le centre des intérêts principaux ou l'établissement de ce dernier est situé dans l'État adoptant.

b) En l'absence de preuve contraire, le centre des intérêts principaux, pour une personne morale, est présumé se trouver dans l'État où elle a son siège statutaire.

c) En l'absence de preuve contraire, le centre des intérêts principaux, pour une personne physique, est présumé se trouver dans l'État où elle a sa résidence habituelle”.

248. Il a été suggéré, dans la section traitant de la compétence, de remplacer les mots “par ou contre” un débiteur par les mots “vis-à-vis d”un débiteur, car le lien était simplement le débiteur. Le caractère volontaire ou involontaire de la demande a été traité dans les paragraphes relatifs à la demande d'ouverture et à l'ouverture de la procédure.

### C. Demande d'ouverture et ouverture

249. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes traitant de la demande d'ouverture et de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité qui avaient été révisées sur la base de ses délibérations antérieures comme suit:

“L'objet des dispositions relatives à la demande et aux critères d'ouverture d'une procédure sont:

a) De faciliter l'accès des débiteurs, des créanciers et des organismes publics à la loi sur l'insolvabilité;

b) De permettre aux demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité d'être déposées et traitées de manière rapide, efficace et peu coûteuse;

c) De faciliter l'accès aux procédures d'insolvabilité qui sont les mieux adaptées à la situation financière du débiteur;

d) De protéger les débiteurs et les créanciers contre un éventuel recours abusif à la loi sur l'insolvabilité et d'établir des garanties de base.

1. Une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est présentée au tribunal par:

a) Un débiteur qui peut démontrer qu'il est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif];

b) Un ou plusieurs créanciers qui ont des créances sur le débiteur qui sont [venues à échéance et non payées par le débiteur] ou qui peuvent démontrer que le débiteur [est dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance ou que son passif dépasse la valeur de son actif];

[c) Un organisme public ou non public sur la base de [...]].

2. La demande d'ouverture d'une procédure devrait établir que le débiteur est insolvable et, dans le cas d'une demande d'ouverture d'une procédure de redressement, devrait démontrer que le débiteur a des perspectives raisonnables de redressement.

a) Dans le cas d'une demande volontaire présentée par le débiteur, la [demande devrait déclencher automatiquement l'ouverture de la procédure] [le tribunal se prononce sans tarder sur l'ouverture de la procédure d'insolvabilité];

b) Dans le cas d'une demande involontaire,

i) le débiteur en est promptement avisé,

ii) le débiteur a le droit de répondre à la demande, et

iii) le tribunal se prononce sans tarder sur l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

3. Le tribunal peut rejeter une procédure [ou la convertir] s'il est établi qu'elle est abusive.

4. Dans le cas d'une demande volontaire présentée par le débiteur, une notification de l'ouverture de la procédure doit être adressée aux créanciers.

a) Une notification de l'ouverture de la procédure doit être adressée aux créanciers individuellement, sauf si le tribunal considère que, dans les circonstances, une autre forme de notification serait plus appropriée. [Une notification devrait également être adressée aux créanciers connus qui n'ont pas d'adresse dans le présent État. Aucune commission rogatoire ou autre formalité n'est requise. *[Note au Groupe de travail: faut-il répéter ici les dispositions de la Loi type?]*

- b) La notification aux créanciers devrait:
  - i) indiquer tout délai applicable pour la déclaration de leurs créances et spécifier le lieu où elle peut être faite;
  - ii) indiquer si les créanciers garantis doivent déclarer leurs créances dans la mesure où celles-ci sont ou ne sont pas couvertes par la valeur de la sûreté;
  - iii) contenir toutes autres informations devant figurer dans une telle notification aux créanciers conformément à [*la loi de l'État et les ordonnances du tribunal*]

250. Des craintes ont été exprimées à propos de l'inclusion au paragraphe 2 de l'obligation de démontrer que le débiteur avait des perspectives raisonnables de redressement. Il a été suggéré d'inclure au paragraphe 3 la possibilité de sanctions lorsque des demandes étaient faites sans motifs valables.

251. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas achevé l'examen des paragraphes révisés relatifs à la demande d'ouverture et à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

---