CNUDCI

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

NATIONS UNIES

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale. Elle élabore des textes internationaux à caractère législatif devant aider les États Membres à moderniser le droit commercial et des textes à caractère non législatif destinés à faciliter les négociations entre parties à une transaction commerciale. Les textes à caractère législatif sont les suivants: Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises; Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises; Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international; Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services; Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by; Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux; Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux; Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg); Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international; et Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Les textes à caractère non législatif sont les suivants: Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; Règlement de conciliation de la CNUDCI; Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales; Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles; et Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés.

Pour plus d'informations, s'adresser au:
Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne,
B.P. 500, 1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (+43-1) 26060-4060 Télécopie: (+43-1) 26060-5813
Internet: http://www.uncitral.org Courrier électronique: uncitral@uncitral.org

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI

Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

NATIONS UNIES
New York, 2005

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

La reproduction, en tout ou en partie, du texte de la présente publication est autorisée. L'Organisation souhaiterait qu'en pareil cas il soit fait mention de la source et que lui soit communiqué un exemplaire de l'ouvrage dans lequel sera reproduit l'extrait cité.

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.05.V.10
ISBN 92-1-233411-3

Préface

Le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* a été élaboré par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Il tire son origine d'une proposition faite à la Commission en 1999 d'entreprendre de nouveaux travaux dans le domaine du droit de l'insolvabilité, en particulier de l'insolvabilité des sociétés, pour promouvoir et encourager l'adoption de régimes nationaux efficaces en la matière. Une réunion exploratoire visant à examiner la faisabilité d'un tel projet s'est tenue en décembre 1999. Conformément à la recommandation formulée à cette réunion, la Commission a donné pour mandat au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) de présenter un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif proposant des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques et analysant différentes solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients[1]. Afin de connaître l'avis des spécialistes internationaux de l'insolvabilité sur les principaux objectifs et les caractéristiques essentielles devant figurer dans le *Guide*, un colloque international, organisé en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, s'est tenu en décembre 2000.

Le Groupe de travail V a examiné la première version du projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en juillet 2001 et a poursuivi ses travaux au cours de sept sessions d'une semaine, la réunion finale ayant eu lieu fin mars 2004. Outre les représentants des 36 États membres de la Commission, les représentants de nombreux autres États et d'un certain nombre d'organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales, ont participé activement aux travaux préparatoires, qui se sont également déroulés en collaboration étroite avec le Groupe de travail VI (Sûretés) pour assurer, en ce qui concerne le traitement des sûretés réelles dans les procédures d'insolvabilité, la coordination avec le guide législatif sur les opérations garanties que la CNUDCI a entrepris d'élaborer.

Les négociations finales concernant le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité ont eu lieu au cours de la trente-septième session de la Commission à New York du 14 au 21 juin 2004. Le texte a été adopté par consensus le 25 juin 2004 (voir annexe II). L'Assemblée générale a par la suite adopté la résolution 59/40 du 2 décembre 2004 (voir annexe II), dans laquelle elle a remercié la CNUDCI d'avoir achevé et adopté le *Guide législatif*.

---

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

Table des matières

Page

Préface iii

Introduction 1
A. Structure et contenu du *Guide législatif*. 1
B. Glossaire 3

Première partie

ÉTABLIR LES PRINCIPAUX OBJECTIFS ET LA STRUCTURE D'UNE LOI SUR L'INSOLVABILITÉ EFFICACE ET EFFECTIVE

I. Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective . . 9
A. Introduction 9
B. Établir les principaux objectifs 10
1. Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques 10
2. Maximiser la valeur des actifs 10
3. Établir un équilibre entre liquidation et redressement. 11
4. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation 12
5. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité 12
6. Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers 13
7. Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations. 13
8. Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires. 14
9. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale. 14
Recommandations 1 à 5 14

C. Équilibrer les buts et les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité. 15
Recommandation 6. 17

D. Caractéristiques générales d'une loi sur l'insolvabilité 17
1. Questions de fond 17
2. Structure d'une loi sur l'insolvabilité 19
3. Articulation entre la loi sur l'insolvabilité et les autres lois . . . 21
Recommandation 7 21

II. Mécanismes de règlement des difficultés financières du débiteur. 23
A. Introduction 23
B. Négociations volontaires de restructuration 23
1. Conditions préalables nécessaires 24
2. Principaux éléments 25
3. Règles et lignes directrices pour une restructuration volontaire 28
C. Procédures d'insolvabilité 29
1. Procédure de redressement 30
2. Liquidation 33
D. Procédures administratives 35

III. Cadre institutionnel 37

Deuxième partie

DISPOSITIONS ESSENTIELLES D'UNE LOI SUR L'INSOLVABILITÉ EFFICACE ET EFFECTIVE

I. Demande d'ouverture et ouverture 42
A. Admissibilité et compétence 42
1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une loi sur l'insolvabilité 42
2. Compétence 45
Recommandations 8 à 13 48

B. Ouverture de la procédure 49
1. Introduction 49
2. Critères d'ouverture 50
3. Liquidation 54
4. Redressement 59

Page

5. Questions procédurales 62
6. Débiteurs dont les actifs sont insuffisants 68
7. Paiement de droits pour la procédure d'insolvabilité 70
8. Abandon de la procédure d'insolvabilité après son ouverture 71

Recommandations 14 à 29 71

C. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité 75
1. Introduction 75
2. Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances 76
3. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: *lex fori concursus* 76
4. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: exceptions à l'application de la *lex fori concursus* 77
5. Établir un équilibre entre l'opportunité d'exceptions et les objectifs de la procédure d'insolvabilité 80

Recommandations 30 à 34 80

II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité 83

A. Actifs constituant la masse de l'insolvabilité 83
1. Introduction 83
2. Actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité 84
3. Actifs exclus de la masse de l'insolvabilité 88
4. Date de constitution de la masse de l'insolvabilité et récupération des actifs 90

Recommandations 35 à 38 91

B. Protection et préservation de la masse de l'insolvabilité 92
1. Introduction 92
2. Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites 92
3. Portée de l'arrêt des poursuites 94
4. Application discrétionnaire ou automatique de l'arrêt des poursuites 98
5. Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites 99
6. Durée de l'arrêt des poursuites 103
7. Prorogation de l'arrêt des poursuites 104

8. Protection des créanciers garantis 105
9. Restrictions à la disposition des actifs par le débiteur 109
Recommandations 39 à 51 110

C. Utilisation et disposition des actifs 115
1. Introduction 115
2. Actifs de la masse de l'insolvabilité 115
3. Actifs appartenant à des tiers 122
4. Traitement du produit en espèces 123
Recommandations 52 à 62 123

D. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure 125
1. Besoin d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure 125
2. Sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure 127
3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure: octroi d'une priorité ou d'une sûreté réelle . . 128
4. Autorisation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure 130
5. Effets de la conversion 131
Recommandations 63 à 68 131

E. Traitement des contrats 132
1. Introduction 132
2. Clauses de résiliation automatique, de déchéance du terme automatique ou clauses similaires 135
3. Continuation ou rejet des contrats 137
4. Contrats de location de terrains et de locaux 143
5. Cession 144
6. Exceptions générales au pouvoir de continuer, de rejeter ou de céder des contrats 145
7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure 146
Recommandations 69 à 86 146

F. Action en annulation 150
1. Introduction 150

2. Critères d'annulation 152
3. Types d'opérations susceptibles d'annulation 157
4. Opérations échappant aux actions en annulation 163
5. Effet de l'annulation: opérations nulles ou annulables 163
6. Établissement de la période suspecte. 164
7. Conduite de l'action en annulation 165
8. Responsabilité des autres parties à une opération annulée 168
9. Conversion d'une procédure de redressement en procédure de liquidation. 169

Recommandations 87 à 99 169

G. Droits à compensation (*set-off*) 171

Recommandation 100. 172

H. Contrats financiers et compensation globale (*netting*) 173

Recommandations 101 à 107 175

III. Participants 177

A. Débiteur 177
1. Introduction. 177
2. Poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice et rôle du débiteur 177
3. Droits du débiteur 183
4. Obligations du débiteur 184
5. Responsabilité du débiteur 188

Recommandations 108 à 114 188

B. Représentant de l'insolvabilité 191
1. Introduction. 191
2. Qualifications 191
3. Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité 194
4. Supervision du représentant de l'insolvabilité 195
5. Devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité 196
6. Confidentialité. 198
7. Rémunération du représentant de l'insolvabilité 198
8. Responsabilité du représentant de l'insolvabilité 201

Page

9. Mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité . . . 203
10. Contestation des actes d'administration du représentant de l'insolvabilité 204
11. Révocation du représentant de l'insolvabilité 205
12. Remplacement du représentant de l'insolvabilité 205

Recommandations 115 à 125 206

C. Créanciers: participation à la procédure d'insolvabilité 208
1. Introduction 208
2. Degré de participation des créanciers à la prise de décisions . . 209
3. Mécanismes pour faciliter la participation 213
4. Assemblées de créanciers 214
5. Questions devant être soumises au vote des créanciers 215
6. Comité des créanciers 216
7. Confidentialité 222

Recommandations 126 à 136 223

D. Droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel . . . 225
1. Droit d'être entendu 225
2. Procédures de recours 226
3. Droit de faire appel 226

Recommandations 137 et 138 227

E. Créanciers garantis 227

IV. Redressement 229
A. Plan de redressement. 229
1. Introduction 229
2. Nature ou forme du plan 229
3. Proposition d'un plan de redressement 230
4. Le plan 234
5. Approbation d'un plan 238
6. Lorsqu'un plan proposé ne peut être approuvé 247
7. Lier les classes de créanciers opposantes 247
8. Homologation d'un plan par le tribunal 248
9. Effet d'un plan approuvé et, si la loi l'exige, homologué. 251

Page

10. Contestation d'un plan après son homologation par le tribunal 251
11. Modification d'un plan après son approbation par les créanciers 252
12. Exécution d'un plan 253
13. Inexécution 254
14. Conversion en liquidation. 254

Recommandations 139 à 159 256

B. Procédure de redressement accélérée 260
1. Introduction. 260
2. Créanciers participant généralement aux négociations volontaires de restructuration 262
3. Procédure d'exécution d'un accord volontaire de restructuration 263

Recommandations 160 à 168 267

V. Administration de la procédure. 271
A. Traitement des créances des créanciers 271
1. Introduction. 271
2. Déclaration des créances 271
3. Vérification et admission des créances 279
4. Créances non admises 287

Recommandations 169 à 184 287

B. Priorités et répartition du produit 290
1. Priorités. 290
2. Répartition. 299

Recommandations 185 à 193 300

C. Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité 301
1. Introduction. 301
2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes 303
3. Dettes intragroupe 305

VI. Fin de la procédure. 307
A. Décharge 307

Page

1. Décharge du débiteur dans la procédure de liquidation 307
2. Remise des dettes et de créances dans la procédure de redressement 311

Recommandations 194 à 196 311

B. Clôture de la procédure 312
1. Liquidation 312
2. Redressement 312

Recommandations 197 et 198 312

Annexes

I. Traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité . . 315

II. Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution 59/40 de l'Assemblée générale 317

III. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et *Guide* pour son incorporation. 321

Introduction

A. Structure et contenu du *Guide législatif*

1. Le présent *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* a pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre juridique efficace et effectif permettant de résoudre les difficultés financières des débiteurs. Il est destiné à servir de référence aux autorités nationales et aux organes législatifs lorsqu'ils élaborent de nouvelles dispositions législatives et réglementaires ou examinent l'adéquation de la législation et réglementation existantes. Les conseils qu'il fournit visent à concilier la nécessité de remédier aux difficultés financières du débiteur aussi rapidement et efficacement que possible avec les intérêts des différentes parties directement concernées par ces difficultés, principalement les créanciers et d'autres parties prenantes dans l'entreprise débitrice, ainsi qu'avec les préoccupations d'ordre public. Le *Guide* aborde des questions essentielles lorsqu'on élabore une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, questions qui sont reconnues dans de nombreux systèmes juridiques même si elles sont traitées de manière souvent différente dans les politiques et la législation. Il s'intéresse essentiellement aux procédures d'insolvabilité ouvertes en application de la loi sur l'insolvabilité et menées conformément à celle-ci, et plus particulièrement au redressement, contre un débiteur, personne physique ou personne morale, qui exerce une activité économique. Les questions propres à l'insolvabilité des personnes physiques n'exerçant pas une telle activité, telles que les consommateurs, ne sont pas traitées.

2. Le *Guide législatif* examine aussi l'utilisation et l'importance grandissantes d'autres outils de traitement de l'insolvabilité, en particulier les négociations volontaires de restructuration entre un débiteur et ses principaux créanciers – lesquels ne sont pas régis par cette loi. Outre un examen des dispositions législatives internes sur l'insolvabilité, on trouvera dans le *Guide* le texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la "Loi type de la CNUDCI" (annexe III)), ainsi que le *Guide* pour son incorporation dans le droit interne, qui ont été insérés pour faciliter l'examen des questions d'insolvabilité internationale. Il est à noter, cependant, qu'une loi type ne s'utilise généralement pas de la même façon qu'un guide législatif. Concrètement, une loi type est un texte législatif qu'il est recommandé aux États de transposer dans leur droit interne, avec ou sans modification. De ce fait, elle propose en général un ensemble détaillé de solutions législatives dans un domaine particulier, en employant un langage qui lui permet d'être directement incorporée dans le droit national. Un guide législatif, quant à lui, vise essentiellement à donner des orientations aux législateurs et à d'autres utilisateurs et, à cette fin, contient habituellement un commentaire de fond traitant et analysant certaines questions. Les recommandations qu'il formule ne sont pas destinées à être transposées dans la législation nationale même, mais plutôt à exposer les questions essentielles qu'il serait souhaitable d'aborder

dans cette législation. Quelques-unes d'entre elles donnent cependant des indications précises sur la manière dont certaines dispositions législatives pourraient être rédigées.

3. Le *Guide législatif* ne fournit pas un ensemble unique de solutions types pour régler les questions essentielles qui se posent lors de l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective mais aide le lecteur à évaluer différentes options possibles et à choisir celle qui convient le mieux dans le contexte national ou local. La première section de chaque chapitre contient un commentaire qui expose les questions essentielles à examiner lors de l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité et analyse les différentes solutions adoptées dans les lois sur l'insolvabilité. La deuxième section contient une série de principes législatifs recommandés, qui traitent plus spécialement de la manière dont ces questions essentielles devraient être réglées dans une loi sur l'insolvabilité et contiennent à la fois un exposé des raisons pour lesquelles des dispositions concernant un thème particulier devraient figurer dans une loi sur l'insolvabilité et un aperçu du contenu recommandé de ces dispositions. Ces recommandations ont pour objet d'aider à la mise en place d'un cadre législatif pour l'insolvabilité qui soit à la fois efficace et effectif et qui tienne compte des évolutions et tendances récentes dans ce domaine. Elles sont plus ou moins précises selon le point abordé. Certaines, libellées en termes législatifs, indiquent dans le détail comment telle ou telle question devrait être traitée dans une loi sur l'insolvabilité, lorsque la solution à adopter en l'espèce fait l'objet d'un consensus très large. D'autres mentionnent les points essentiels à aborder dans une loi sur l'insolvabilité à propos d'un thème particulier et proposent plusieurs solutions possibles, en montrant les différents aspects de fond et de procédure qu'il faudra éventuellement prendre en compte.

4. Il est conseillé de lire conjointement les recommandations et le commentaire, le second donnant des informations détaillées qui permettent de mieux comprendre les premières et examinant également des questions qui ne font pas l'objet de recommandations. Compte tenu de l'importance capitale des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité et des considérations de politique générale attachées au traitement que leur accorde la loi sur l'insolvabilité, l'utilisateur du présent *Guide* est également encouragé à prendre en considération les activités du Groupe de travail VI (Sûretés) et, dès qu'il aura été achevé, le *Guide législatif* de la CNUDCI sur les opérations garanties.

5. Les recommandations formulées ici n'abordent pas d'autres domaines du droit même si, comme le montre le *Guide*, ceux-ci ont un impact tant sur la conception d'une loi sur l'insolvabilité que sur le déroulement de la procédure d'insolvabilité ouverte en application de cette loi (par exemple, deuxième partie, chap. I, par. 80 à 91, concernant la loi applicable, et recommandation 35 *a)* relative aux droits réels du débiteur). De plus, pour être efficace, l'application d'un régime de l'insolvabilité exige, outre l'établissement d'un cadre législatif approprié, plusieurs éléments, en particulier une

infrastructure institutionnelle adéquate, des moyens organisationnels, des compétences professionnelles et techniques ainsi que des ressources humaines et financières suffisantes. Ces questions sont abordées dans le commentaire mais ne le sont généralement pas dans les recommandations, sauf lorsqu'elles ont trait au professionnel de l'insolvabilité nommé pour administrer la masse de l'insolvabilité.

B. Glossaire

1. Notes sur la terminologie

6. Les définitions suivantes visent à fournir des orientations au lecteur. En effet, de nombreux termes employés ici, comme "créancier garanti", "sûreté réelle", "liquidation" ou "redressement", peuvent avoir des sens fondamentalement différents selon les pays. L'acception que leur donne le *Guide* est donc expliquée ci-après, de sorte que les concepts considérés soient clairs et compris de tous.

a) Emploi du terme "tribunal" dans le Guide législatif

7. Le *Guide législatif* part du principe qu'un tribunal exerce tout au long de la procédure d'insolvabilité une surveillance qui peut comprendre la faculté d'ouvrir la procédure, de nommer le représentant de l'insolvabilité, de superviser ses activités et de prendre des décisions au cours de la procédure. Bien que ce principe soit valable en règle générale, d'autres solutions peuvent être envisagées lorsque, par exemple, les tribunaux ne sont pas en mesure de traiter les affaires d'insolvabilité (que ce soit par manque de ressources ou d'expérience en la matière) ou que l'on préfère confier cette surveillance à une autre autorité (voir première partie, chap. III, Cadre institutionnel).

8. Par souci de simplicité, le terme "tribunal" est employé dans le *Guide* dans le même sens qu'à l'alinéa *e)* de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, à savoir qu'il désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure d'insolvabilité. Une autorité qui apporte un appui à la procédure d'insolvabilité ou qui y joue un rôle déterminé sans toutefois y exercer un pouvoir de décision ne serait pas considérée comme un "tribunal" au sens du *Guide*.

b) Règles d'interprétation

9. Dans le *Guide*, "ou" n'est pas exclusif; le singulier inclut le pluriel; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la permission et le verbe "devrait" une instruction; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents.

10. Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire.

11. Le terme "personnes" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire.

2. Termes et définitions

12. Les paragraphes ci-après expliquent la signification de certaines expressions fréquemment employées dans le *Guide législatif*:

a) "Actif grevé": actif sur lequel un créancier a une sûreté réelle;

b) "Actifs constituant une charge": actifs qui peuvent être sans valeur ou avoir une valeur insignifiante pour la masse de l'insolvabilité ou auxquels sont attachées des contraintes telles que leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses qui excéderaient leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation lourde ou une obligation de paiement;

c) "Actifs du débiteur": biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

d) "Actionnaire": détenteur d'actions émises ou de titres similaires qui représentent un droit de propriété sur une fraction du capital d'une société ou d'une autre entreprise;

e) "Arrêt des poursuites": mesure qui empêche l'introduction, ou suspend la continuation, des actions individuelles, judiciaires, administratives ou autres, visant les actifs, les droits, les obligations ou les dettes du débiteur, y compris les actions visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers ou à la réaliser; et qui empêche les mesures d'exécution contre les actifs de la masse de l'insolvabilité, la résiliation d'un contrat conclu avec le débiteur, ainsi que le transfert des actifs ou droits appartenant à la masse de l'insolvabilité, la constitution de sûretés sur ces actifs ou droits ou d'autres actes de disposition de ces actifs ou droits;

f) "Centre des intérêts principaux": lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers[1];

g) "Cession en vue de la poursuite de l'activité": vente ou transfert de la totalité ou d'une grande partie d'une entreprise, par opposition à la vente séparée de ses différents actifs;

---

[1]Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, considérant 13).

h) “Comité des créanciers”: organe représentatif des créanciers dont les membres sont désignés conformément à la loi sur l’insolvabilité et qui est doté de pouvoirs consultatifs et autres spécifiés dans ladite loi;

i) “Compensation” (*set-off*): opération dans laquelle une créance monétaire d’une partie est annulée partiellement ou totalement par une créance monétaire de l’autre partie sur la première;

j) “Compensation globale” (*netting*): compensation d’obligations monétaires ou non monétaires en vertu de contrats financiers;

k) “Contrat financier”: toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d’échange portant sur des taux d’intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l’une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus[2];

l) “Convention de compensation globale” (*netting*): forme de contrat financier entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:

i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

ii) Lors de l’insolvabilité d’une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur juste valeur de marché, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d’un paiement unique effectué par une partie à l’autre; ou

iii) La compensation (*set-off*) des montants calculés comme prévu à l’alinéa ii) de la présente définition au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus[3];

m) “Cours normal des affaires”: opérations réalisées à la fois i) dans le cadre de l’activité de l’entreprise du débiteur avant la procédure d’insolvabilité; et ii) dans des conditions commerciales normales;

n) “Créance”: droit à paiement sur la masse du débiteur, qu’il naisse d’une dette, d’un contrat ou d’un autre type d’obligation juridique, qu’il soit d’un montant déterminé ou indéterminé, échu ou non échu, contesté ou non contesté, garanti ou non garanti, certain ou conditionnel;

Note: Certains pays considèrent la possibilité ou le droit, lorsque la loi applicable le permet, de recouvrer des actifs auprès du débiteur comme une créance.

---

[2]Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14), art. 5, alinéa *k)*.

[3]Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, art. 5, alinéa *l)*.

o) "Créance garantie": créance assortie d'une sûreté réelle constituée en garantie d'une dette et réalisable en cas de défaut de paiement du débiteur;

p) "Créance postérieure à l'ouverture de la procédure": créance née après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

q) "Créance prioritaire": créance qui est payée avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires;

r) "Créances ou dépenses afférentes à l'administration de la procédure": créances qui comprennent les frais et dépenses engendrés par la procédure, tels que la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie, les dépenses pour la poursuite de l'activité du débiteur, les dettes découlant de l'exercice des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité, les frais découlant de la continuation des obligations contractuelles et légales et les frais de procédure;

s) "Créancier": personne physique ou morale qui a contre le débiteur une créance née au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou avant;

t) "Créancier chirographaire": créancier qui ne détient pas de sûreté réelle;

u) "Créancier garanti": créancier détenant une créance garantie;

v) "Débiteur non dessaisi": débiteur qui, dans une procédure de redressement, garde les rênes de son entreprise, en conséquence de quoi le tribunal ne nomme pas de représentant de l'insolvabilité;

w) "Décharge": libération d'un débiteur des dettes qui étaient visées ou auraient pu être visées par la procédure d'insolvabilité;

x) "Disposition": tout moyen de transférer un actif ou un droit sur un actif ou de s'en défaire, en totalité ou en partie;

y) "Dispositions d'annulation": dispositions de la loi sur l'insolvabilité permettant d'annuler ou de priver d'effet d'une autre manière des opérations visant à transférer des actifs ou à contracter des obligations avant une procédure d'insolvabilité et de recouvrer l'un quelconque des actifs transférés ou sa valeur dans l'intérêt collectif des créanciers;

z) "Établissement": tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services[4];

aa) "Insolvabilité": état d'un débiteur qui est généralement dans l'incapacité d'acquitter ses dettes à leur échéance ou situation dans laquelle son passif excède la valeur de ses actifs;

---

[4]Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, art. 2, alinéa *f)* (voir annexe III).

bb) "*Lex fori concursus*": loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

cc) "*Lex rei sitae*": loi de l'État où se trouve l'actif;

dd) "Liquidation": procédure visant à vendre des actifs et à en disposer afin d'en répartir le produit entre les créanciers conformément à la loi sur l'insolvabilité;

ee) "Masse de l'insolvabilité": actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité;

ff) "Négociations volontaires de restructuration": négociations qui ne sont pas régies par la loi sur l'insolvabilité et qui consistent généralement en des négociations entre le débiteur et certains ou l'ensemble de ses créanciers visant à la modification conventionnelle des créances des créanciers participants.

gg) "Ouverture de la procédure": date effective de la procédure d'insolvabilité, qu'elle soit définie par la loi ou par une décision de justice.

hh) "*Pari passu*": principe suivant lequel les créanciers se trouvant dans la même situation sont traités en proportion de leur créance et sont désintéressés proportionnellement sur les actifs de la masse à répartir entre les créanciers de leur rang;

ii) "Partie intéressée": toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité ou des aspects particuliers d'une procédure d'insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d'insolvabilité aurait des incidences;

jj) "Période suspecte": période servant de référence pour l'annulation éventuelle de certaines opérations. Elle est en général calculée rétroactivement à partir de la date de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la date d'ouverture de cette procédure;

kk) "Personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur": si le débiteur est une personne morale, on entendrait par personne ayant des liens privilégiés avec lui notamment: i) une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur, et ii) une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du débiteur. Si le débiteur est une personne physique, on entendrait par personne ayant des liens privilégiés avec lui notamment une personne qui lui est liée par le sang ou par alliance;

ll) "Plan de redressement": plan par lequel la prospérité et la viabilité financières de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies;

mm) "Priorité": droit d'une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l'effet de la loi;

nn) "Procédure d'insolvabilité": procédure collective, soumise à la supervision d'un tribunal, en vue d'un redressement ou d'une liquidation;

oo) "Produit en espèces": produit de la vente d'actifs grevés, dans la mesure où il fait l'objet d'une sûreté réelle;

pp) "Protection de la valeur": mesures visant à maintenir la valeur économique des actifs grevés et des actifs appartenant à des tiers pendant la procédure d'insolvabilité (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Une protection peut être assurée par des versements en espèces, la constitution d'une sûreté réelle sur des actifs de remplacement ou des actifs supplémentaires ou par d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter la protection nécessaire;

qq) "Redressement": processus par lequel la prospérité et la viabilité financières de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies et l'entreprise continuer de fonctionner par le recours à différents moyens pouvant comprendre la remise des dettes, le rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité;

rr) "Représentant de l'insolvabilité": personne ou organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité;

ss) "Sûreté réelle": droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations;

tt) "Traitement préférentiel": opération au terme de laquelle un créancier obtient un avantage ou bénéficie d'un paiement irrégulier;

uu) "Tribunal": autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité[5];

[5]Définition fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (publication des Nations Unies, numéro de vente: F. 99.V.3), art. 2, alinéa *e)*. Le texte de la Loi type et du *Guide* pour son incorporation dans le droit interne figurent à l'annexe III.

Première partie

Établir les principaux objectifs et la structure d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

I. Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

A. Introduction

1. Lorsqu'un débiteur ne peut faire face à ses dettes et autres engagements exigibles, la plupart des systèmes juridiques prévoient un mécanisme juridique permettant de régler collectivement les créances impayées au moyen de ses actifs (corporels ou incorporels). Ce mécanisme juridique doit prendre en considération différents éléments: les intérêts des parties concernées par la procédure, à savoir notamment le débiteur, les propriétaires et les dirigeants de l'entreprise débitrice, les créanciers qui peuvent être munis de sûretés à des degrés variables (y compris l'administration fiscale et d'autres créanciers publics), les salariés, les garants et les fournisseurs de biens et services, mais également les institutions et les pratiques juridiques, commerciales et sociales qui entrent dans la conception de la loi sur l'insolvabilité et qui sont nécessaires à son application. En général, ce mécanisme doit concilier non seulement les différents intérêts de ces parties prenantes, mais aussi ces intérêts et les considérations pertinentes d'ordre social, politique et autre qui ont une incidence sur les objectifs économiques et juridiques des procédures d'insolvabilité. Dans la mesure où il est exclu du champ d'application d'un tel mécanisme, le débiteur, et par voie de conséquence ses créanciers, ne seront pas soumis à la discipline dudit mécanisme et ne bénéficieront pas des protections qu'il offre.

2. La plupart des systèmes juridiques prévoient différents types de procédures (désignées dans le présent *Guide législatif* sous le terme générique de "procédures d'insolvabilité") qui peuvent être engagées pour résoudre les difficultés financières d'un débiteur. Bien qu'elles aient toutes ce même objectif, ces procédures revêtent différentes formes pour lesquelles la terminologie employée n'est pas toujours uniforme et peuvent comporter des éléments que l'on pourrait qualifier de "judiciaires" et d'"informels". Les procédures judiciaires d'insolvabilité sont des procédures ouvertes en vertu de la loi sur l'insolvabilité et régies par celle-ci. Elles comprennent en général une procédure de liquidation et une procédure de redressement. Les procédures

informelles d'insolvabilité ne sont pas régies par la loi sur l'insolvabilité et consistent généralement en des négociations volontaires entre le débiteur et certains ou l'ensemble de ses créanciers. Ce type de négociations ont souvent été élaborées dans le cadre des secteurs bancaire et commercial et prévoient normalement une forme ou une autre de restructuration du débiteur insolvable. Même si elles ne sont pas régies par une loi sur l'insolvabilité, leur efficacité est fonction de l'existence d'une telle loi, celle-ci pouvant prévoir des incitations indirectes ou d'autres moyens de persuasion en faveur d'un redressement.

B. Établir les principaux objectifs

3. Bien que les approches des pays diffèrent, il est largement admis que des régimes de l'insolvabilité efficaces et effectifs devraient viser les principaux objectifs définis ci-dessous d'une manière équilibrée. Quelle que soit la façon dont une loi sur l'insolvabilité sera structurée pour atteindre ces objectifs, elle devra compléter et respecter les valeurs juridiques et sociales de la société dans laquelle elle s'inscrit et qu'elle doit finalement conforter. Bien que la loi sur l'insolvabilité constitue habituellement un régime distinct, elle ne devrait pas aboutir à des résultats fondamentalement contradictoires avec les principes sur lesquels se fondent d'autres lois. Lorsqu'elle cherche effectivement à produire un résultat différent ou fondamentalement divergent de ces autres lois (par exemple pour ce qui est du traitement des contrats, de l'annulation des actes et des opérations antérieurs à l'ouverture de la procédure ou du traitement des droits des créanciers garantis), il est très souhaitable que ce résultat soit le fruit d'une réflexion approfondie et d'une politique délibérée.

1. Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques

4. Les lois et les institutions traitant de l'insolvabilité sont indispensables pour permettre aux États de tirer avantage – en évitant les inconvénients – de l'intégration des systèmes financiers nationaux dans le système financier international. Elles devraient promouvoir la restructuration des entreprises viables ainsi que la liquidation et le transfert efficaces des actifs des entreprises en faillite, faciliter l'apport d'un financement pour la création et le redressement d'entreprises et permettre d'évaluer le risque de crédit, au niveau tant interne qu'international. Les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité définis ci-après devraient être réalisés dans le but de sécuriser davantage le marché et de promouvoir la stabilité et la croissance économiques.

2. Maximiser la valeur des actifs

5. Les participants à la procédure d'insolvabilité devraient être fortement incités à maximiser la valeur des actifs, ce qui permettra de répartir un montant

plus important entre l'ensemble des créanciers et de réduire la charge de l'insolvabilité. La réalisation de cet objectif est souvent facilitée par une juste répartition des risques entre les parties concernées. Par exemple, la manière dont les dispositions d'annulation traitent les opérations antérieures à l'ouverture de la procédure peut garantir un traitement équitable des créanciers et augmenter la valeur des actifs du débiteur grâce à la récupération de valeur au profit de tous les créanciers. Mais en même temps, le traitement accordé à ces opérations risque de nuire à la prévisibilité des relations contractuelles, qui est cruciale pour les décisions d'investissement, et, partant, de rompre l'équilibre entre les différents objectifs d'un régime de l'insolvabilité. De même, il faut parvenir à un équilibre entre une liquidation rapide et des efforts à plus long terme visant à redresser l'entreprise, lesquels peuvent générer davantage de valeur pour les créanciers, entre la nécessité de réaliser de nouveaux investissements afin de préserver ou d'augmenter la valeur des actifs et les conséquences et les coûts de ces nouveaux investissements pour les différentes parties intéressées, et entre les différents rôles impartis à celles-ci, en particulier le pouvoir discrétionnaire que peut exercer le représentant de l'insolvabilité et la mesure dans laquelle les créanciers peuvent superviser l'exercice de ce pouvoir pour assurer le bon déroulement de la procédure et la maximisation de la valeur.

3. Établir un équilibre entre liquidation et redressement

6. Le premier objectif principal qu'est la maximisation de la valeur des actifs est étroitement lié à l'équilibre que la loi sur l'insolvabilité doit trouver entre liquidation et redressement. Celle-ci doit concilier les avantages que présente le recouvrement des créances à court terme par voie de liquidation (solution souvent préférée par les créanciers garantis) et ceux qu'offre la préservation de la valeur de l'entreprise débitrice par voie de redressement (solution souvent préférée par les créanciers chirographaires et le débiteur). La réalisation de cet équilibre peut avoir des incidences sur d'autres aspects de politique sociale, comme l'encouragement du développement de l'entrepreneuriat et la protection des emplois. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, comme alternative à la liquidation, la possibilité d'un redressement, dans le cadre duquel les créanciers ne recevraient pas moins, à leur corps défendant, que dans la liquidation et où la poursuite de l'activité permettrait de maximiser la valeur de l'entreprise pour la société et pour les créanciers. Cette option se fonde sur la théorie économique selon laquelle il peut être plus intéressant de conserver en bloc les éléments essentiels d'une entreprise plutôt que de les fragmenter et de procéder à une "vente par appartement". Pour éviter que les créanciers ou le débiteur ne recourent abusivement à la procédure d'insolvabilité et garantir la possibilité d'opter pour la méthode la mieux à même de résoudre les difficultés financières du débiteur, une loi sur l'insolvabilité devrait également prévoir la conversion entre les différents types de procédures quand les circonstances le justifient.

4. Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation

7. Cet objectif est fondé sur le principe selon lequel, dans une procédure collective, les créanciers ayant les mêmes droits devraient être traités équitablement, leurs créances étant remboursées en fonction de leur rang et de leurs droits réels. Cet objectif principal ne consiste pas à traiter tous les créanciers de manière identique, mais d'une manière qui tienne compte des différents accords qu'ils ont passés avec le débiteur. Ce facteur devient toutefois moins déterminant lorsque aucun contrat créant une obligation spécifique de paiement n'a été conclu avec le débiteur, comme dans le cas des créanciers de dommages-intérêts (par exemple, pour dégradation de l'environnement) et dans celui des autorités fiscales. Même si le principe du traitement équitable peut être modifié par la politique sociale en matière de priorités et céder le pas aux prérogatives conférées aux détenteurs de créances ou de droits réels nés, notamment, de l'effet de la loi, il garde son importance en garantissant que la priorité accordée aux créances d'une même classe s'applique de la même manière à tous les créanciers de cette classe. Ce principe se retrouve dans de nombreux aspects d'une loi sur l'insolvabilité, notamment dans l'application de l'arrêt des poursuites, les dispositions permettant d'annuler des actes et des opérations et de récupérer de la valeur pour la masse de l'insolvabilité, la classification des créances, les procédures de vote dans le redressement et les mécanismes de répartition. Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter les problèmes de fraude et de favoritisme qui peuvent surgir en cas de difficultés financières, en prévoyant, par exemple, la possibilité de faire annuler les actes et les opérations portant atteinte au principe du traitement équitable des créanciers.

5. Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité

8. Il faudrait traiter et régler l'insolvabilité d'une manière ordonnée, rapide et efficace, afin de ne pas perturber inutilement les affaires du débiteur et de réduire au minimum le coût de la procédure. Une administration rapide et efficace contribuera à maximiser la valeur des actifs, tandis que l'impartialité favorisera un traitement équitable. Tout le processus doit être soigneusement pensé afin de garantir une efficacité maximum sans sacrifier la souplesse. Il devrait en même temps viser à liquider les entreprises non viables et inefficaces et à assurer la survie de celles qui sont efficaces et potentiellement viables.

9. La résolution rapide et ordonnée des difficultés financières d'un débiteur peut être favorisée par une loi sur l'insolvabilité qui facilite l'accès aux procédures d'insolvabilité en fonction de critères clairs et objectifs, prévoit un moyen commode de recenser, de regrouper, de préserver et de recouvrer des actifs et des droits devant servir à apurer les dettes, permet au débiteur et à ses créanciers de participer de la manière la plus rapide et la plus économique

possible, prévoit une structure appropriée pour la supervision et l'administration de la procédure (à savoir à la fois les professionnels et les institutions concernées) et aboutit finalement au règlement effectif des obligations financières du débiteur.

6. Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers

10. Une loi sur l'insolvabilité devrait préserver la masse de l'insolvabilité et prévenir le démembrement prématuré des actifs du débiteur par les créanciers engageant des poursuites individuelles pour recouvrer leurs créances. Ces actions réduisent souvent la valeur totale des actifs disponibles pour payer toutes les créances opposables au débiteur et peuvent empêcher le redressement de l'entreprise ou sa cession en vue de la poursuite de l'activité. Un arrêt des poursuites des créanciers laisse un répit au débiteur, permet d'examiner soigneusement sa situation financière et facilite à la fois la maximisation de la valeur de la masse et le traitement équitable des créanciers. Il faudra peut-être prévoir un mécanisme pour éviter qu'un arrêt des poursuites ait des incidences sur les droits des créanciers garantis.

7. Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations

11. Une loi sur l'insolvabilité devrait être transparente et prévisible, ce qui permettra aux créanciers et prêteurs potentiels de comprendre le déroulement de la procédure d'insolvabilité et de mesurer les risques liés à leur statut de créanciers en cas d'insolvabilité, renforcera la stabilité des relations commerciales et favorisera la baisse des primes de risque associées aux prêts et aux investissements. La transparence et la prévisibilité permettront aussi aux créanciers de clarifier les priorités, préviendront les conflits en offrant un cadre dans lequel pourront être déterminés les droits et risques relatifs et aideront à définir les limites de tout pouvoir discrétionnaire. Une application imprévisible de la loi sur l'insolvabilité risque par contre, non seulement d'ébranler la confiance de tous les participants dans la procédure, mais aussi de freiner leurs décisions en matière de crédit et d'investissement avant insolvabilité. Dans la mesure du possible, une loi sur l'insolvabilité devrait clairement indiquer toutes les dispositions des autres lois pouvant influer sur la conduite de la procédure (par exemple, droit du travail; droit commercial et droit des contrats; droit fiscal; lois relatives aux devises, aux compensations (*set-off*) et compensations globales (*netting*) et à la conversion de créances en prises de participation, voire droit de la famille et droit matrimonial).

12. Une loi sur l'insolvabilité devrait assurer l'accès à des informations suffisantes sur la situation du débiteur, en prévoyant des mesures d'incitation pour encourager celui-ci à divulguer ses positions et, au besoin, des sanctions s'il ne le fait pas. L'accès à ces informations permettra à ceux qui sont chargés d'administrer et de superviser la procédure d'insolvabilité (tribunaux, organes administratifs, représentant de l'insolvabilité) et aux créanciers d'évaluer la situation financière du débiteur et de déterminer la solution la plus appropriée.

8. Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires

13. La reconnaissance et l'exercice, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, les droits différents que les créanciers avaient sur le débiteur et ses actifs avant l'ouverture de la procédure, en particulier les droits et priorités des créanciers garantis, sécuriseront le marché et faciliteront l'octroi de crédits. Pour classer les droits de priorité des créances existantes et des créances postérieures à l'ouverture de la procédure, il importe d'énoncer des règles claires afin que les prêteurs sachent à quoi s'en tenir mais aussi afin que ces règles soient appliquées de façon cohérente, que la procédure inspire confiance et que tous les participants puissent adopter des mesures appropriées pour gérer le risque. Dans toute la mesure possible[1], ces priorités devraient être établies en fonction d'accords commerciaux et ne pas refléter des préoccupations d'ordre social et politique susceptibles de fausser l'issue de la procédure. Il faudrait donc éviter le plus possible d'accorder la priorité à des créances qui ne sont pas fondées sur des accords commerciaux.

9. Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale

14. Pour favoriser la coordination entre les pays et faciliter la fourniture d'une aide dans l'administration des procédures d'insolvabilité ouvertes à l'étranger, les lois sur l'insolvabilité devraient contenir des règles sur l'insolvabilité internationale, notamment sur la reconnaissance des procédures étrangères, en incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir annexe III).

Recommandations 1 à 5 (*par. 4 à 14*)

1. Pour élaborer et développer une loi sur l'insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:

[1]La priorité des créances dans le cadre d'une loi sur l'insolvabilité peut être modifiée par les obligations assumées par un État en vertu de traités internationaux (voir l'examen de la question des priorités, deuxième partie, chap. V, par. 67 à 74).

a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;

b) Maximiser la valeur des actifs;

c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;

d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;

e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité;

f) Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

g) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires.

2. La loi sur l'insolvabilité devrait comprendre des dispositions concernant à la fois le redressement et la liquidation du débiteur.

3. La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître les droits et créances nés en vertu d'autres lois, tant internes qu'étrangères, sous réserve des restrictions qu'elle énonce expressément.

4. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que si une sûreté réelle est opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, elle sera reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité.

5. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir un cadre moderne, harmonisé et équitable permettant de traiter efficacement les affaires d'insolvabilité internationale. L'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale est recommandée.

C. Équilibrer les buts et les principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité

15. Étant donné qu'un régime de l'insolvabilité ne peut protéger entièrement les intérêts de toutes les parties, certains des choix fondamentaux à faire lorsqu'on élabore une loi sur l'insolvabilité ont trait à la définition des buts généraux de ladite loi (sauver les entreprises en proie à des difficultés financières, préserver l'emploi, protéger les intérêts des créanciers, encourager le développement de l'entrepreneuriat) et à la réalisation de l'équilibre souhaité entre les objectifs précis définis plus haut. Les lois sur l'insolvabilité parviennent à établir cet équilibre en modifiant la répartition des risques de l'insolvabilité d'une façon qui soit compatible avec les objectifs économiques, sociaux et politiques d'un État. De ce fait, elles peuvent avoir des incidences très importantes sur l'ensemble de l'économie.

16. Parvenir à cet équilibre dans la loi sur l'insolvabilité et incorporer la loi dans le régime juridique général sont indispensables pour maintenir l'ordre et la stabilité dans la société. Toutes les parties doivent être en mesure de prévoir ce qu'il adviendra de leurs droits si un débiteur se révèle incapable de payer une partie ou l'intégralité de ce qu'il leur doit. Ainsi, les créanciers comme les investisseurs en fonds propres peuvent calculer les incidences économiques du défaut de paiement du débiteur et, par voie de conséquence, évaluer leurs risques. Ces questions sont traitées en détail dans le *Guide législatif*.

17. Il n'existe pas de formule universelle pour élaborer une loi sur l'insolvabilité car les besoins des États sont sensiblement différents, de même que leurs lois régissant d'autres questions d'une importance fondamentale pour l'insolvabilité, telles que les sûretés réelles[2], les droits réels et contractuels, les voies de droit et les procédures d'exécution. Cela étant, la plupart des lois sur l'insolvabilité traitent l'ensemble des questions soulevées par les objectifs principaux considérés ci dessus, même si l'accent ne porte pas sur les mêmes éléments. Si certaines lois (parfois qualifiées de régimes "favorables aux créanciers") privilégient la reconnaissance et l'exécution des droits des créanciers et des accords commerciaux en cas d'insolvabilité et donnent aux créanciers plus de pouvoir qu'au débiteur dans la procédure d'insolvabilité, d'autres (qualifiées de régimes "favorables au débiteur") tendent au contraire à laisser davantage de pouvoir au débiteur. D'autres encore essaient de trouver un juste milieu. Certaines lois privilégient la liquidation du débiteur afin d'éliminer du marché les acteurs inefficaces et incompétents, alors que d'autres favorisent le redressement. Cette dernière option peut permettre d'atteindre plusieurs objectifs: donner une deuxième chance aux actionnaires et à la direction de l'entreprise débitrice et, partant, augmenter la valeur des créances des créanciers du fait de la poursuite de l'activité; inciter fortement les entrepreneurs et les dirigeants à adopter une attitude appropriée à l'égard du risque; ou protéger des groupes vulnérables, tels que les salariés du débiteur, des conséquences d'une faillite[3]. Certaines lois accordent une importance particulière à la protection des salariés et au maintien de l'emploi dans l'insolvabilité tandis que d'autres autorisent la réduction des effectifs et protègent très peu les salariés.

---

[2]Des mesures ont été prises ces dernières années afin d'harmoniser le droit des sûretés réelles, notamment avec l'adoption de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et de la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) ainsi qu'avec les travaux menés par la CNUDCI en vue d'élaborer un guide législatif sur les opérations garanties.

[3]Il n'y a pas nécessairement de corrélation directe entre le fait qu'un régime de l'insolvabilité soit favorable au débiteur ou au créancier, le fait que l'accent soit mis sur la liquidation ou sur le redressement, et le succès ou l'échec du redressement. Ces questions, même si leur examen détaillé n'entre pas dans le cadre du *Guide*, sont importantes pour l'élaboration d'un régime de l'insolvabilité et méritent d'être prises en considération. Bien que le taux de réussite des redressements varie considérablement dans les régimes considérés comme favorables aux créanciers, des études semblent infirmer l'hypothèse selon laquelle les redressements seraient moins nombreux ou leur succès moins fréquent dans ces régimes que dans ceux qui sont favorables au débiteur.

18. Cependant, il ne faudrait pas que l'adoption d'une approche favorable au redressement ait pour effet d'offrir une planche de salut à des entreprises moribondes: celles qu'il n'est plus possible de sauver devraient être liquidées aussi rapidement et efficacement que possible. Dans la mesure où certains intérêts peuvent être considérés comme moins prioritaires que d'autres, la mise en place de mécanismes en dehors de la loi sur l'insolvabilité peut être une meilleure solution que la prise en compte de ces intérêts dans le régime de l'insolvabilité. Ainsi, lorsque pour des raisons de politique générale, il est décidé d'accorder un rang moins élevé aux salariés qu'aux créanciers garantis et prioritaires dans l'insolvabilité, des mécanismes d'assurance peuvent être utilisés pour protéger les droits de ces salariés (voir plus loin, deuxième partie, chap. V, par. 72 et 73).

19. Parce que la société évolue sans cesse, la loi sur l'insolvabilité ne peut être statique. Il faut au contraire la réexaminer à intervalles réguliers pour s'assurer qu'elle répond aux besoins sociaux du moment. Pour répondre au changement social tel qu'il est perçu, il faut une réflexion qui peut être nourrie par les meilleures pratiques internationales. Celles-ci peuvent ensuite être transposées dans les régimes nationaux d'insolvabilité, compte tenu des réalités du système et des ressources humaines et matérielles disponibles.

Recommandation 6 (*par. 15 à 19*)

6. Les recommandations du *Guide législatif* ont été conçues pour traiter chacun des principaux objectifs et instaurer entre eux un équilibre approprié.

D. Caractéristiques générales d'une loi sur l'insolvabilité

1. Questions de fond

20. Pour élaborer une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, il faut examiner une série de questions ayant trait à la fois au cadre juridique, matériel et procédural, et au cadre institutionnel requis pour sa mise en œuvre. Les questions de fond, qui sont examinées en détail dans la deuxième partie du *Guide législatif*, sont notamment les suivantes:

a) Identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, y compris ceux auxquels il peut être nécessaire d'appliquer un régime d'insolvabilité spécial;

b) Détermination du moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure qui peut être ouverte, de la partie qui peut en demander l'ouverture et du point de savoir si les critères d'ouverture devraient différer en fonction de la partie qui demande l'ouverture;

c) Mesure dans laquelle le débiteur devrait être autorisé à conserver le contrôle de l'entreprise après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou être dessaisi et une partie indépendante (appelée dans le *Guide* le "représentant de l'insolvabilité") nommée pour superviser et gérer l'entreprise débitrice, et distinction à opérer à cet égard entre liquidation et redressement;

d) Identification des actifs du débiteur qui feront l'objet de la procédure d'insolvabilité et qui constitueront la masse de l'insolvabilité;

e) Protection de la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque des mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

f) Manière dont le représentant de l'insolvabilité peut traiter les contrats conclus par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont entièrement acquittés de leurs obligations respectives;

g) Mesure dans laquelle les droits à compensation (*set-off*) u à compensation globale (*netting*) peuvent être exécutés ou seront protégés, en dépit de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

h) Manière dont le représentant de l'insolvabilité peut utiliser les actifs de la masse de l'insolvabilité ou en disposer;

i) Mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité peut annuler certains types d'opérations qui lèsent les intérêts des créanciers;

j) Dans le cas d'un redressement, élaboration du plan de redressement et restrictions éventuelles à imposer au contenu du plan, partie habilitée à élaborer ce dernier et conditions requises pour son approbation et son exécution;

k) Droits et obligations du débiteur;

l) Devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité;

m) Fonctions des créanciers et du comité des créanciers;

n) Frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité;

o) Traitement et classement des créances aux fins de la répartition du produit de la liquidation;

p) Répartition du produit de la liquidation;

q) Décharge du débiteur ou dissolution de son entreprise; et

r) Fin de la procédure.

2. Structure d'une loi sur l'insolvabilité

21. Outre ces questions de fond, une loi sur l'insolvabilité devra considérer la structure du processus conduisant au choix entre liquidation et redressement.

Les approches varient considérablement. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une procédure d'insolvabilité souple et unitaire avec une seule condition d'ouverture pouvant aboutir soit à la liquidation soit au redressement, selon les particularités d'espèces. D'autres prévoient deux procédures distinctes, comportant chacune ses propres conditions d'accès et d'ouverture, ainsi que différentes possibilités de conversion de l'une en l'autre. Les lois qui traitent le redressement et la liquidation comme deux procédures distinctes se fondent sur diverses considérations de principe en matière sociale et commerciale. Toutefois, un nombre important de questions étant communes à ces deux procédures, il y a entre elles de nombreux liens et chevauchements, aussi bien sous l'angle procédural qu'en ce qui concerne les questions de fond, comme le montrera la discussion ci-après dans la deuxième partie.

22. Le choix de la procédure qui sera utilisée devrait dépendre, au moins en théorie, de la question de savoir si l'entreprise du débiteur insolvable est ou non viable. Mais dans la pratique, il est souvent impossible, à l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation, d'évaluer de manière définitive la viabilité financière de l'entreprise. Une approche qui impose un choix entre redressement et liquidation dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité risque, entre autres inconvénients, de susciter une polarisation excessive entre les deux procédures et d'entraîner des retards, une augmentation des coûts et un manque d'efficacité, en particulier lorsque le redressement échoue et qu'une nouvelle demande distincte doit être formée pour la liquidation. On peut pallier ce manque d'efficacité, dans une certaine mesure, en établissant des liens entre les deux procédures, pour permettre la conversion de l'une en l'autre dans des cas particuliers, et en prévoyant des dispositifs destinés à prévenir tout recours abusif à la procédure d'insolvabilité, par exemple l'ouverture d'une procédure de redressement dans le but d'éviter ou de retarder la liquidation.

23. Pour ce qui est du choix de la procédure, certains États prévoient que la partie qui demande l'ouverture de la procédure d'insolvabilité a le choix au départ entre la liquidation et le redressement. Lorsqu'une procédure de liquidation est engagée par un ou plusieurs créanciers, la loi prévoit souvent un mécanisme permettant au débiteur d'en demander la conversion en redressement quand cela est possible. Lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure de redressement, de sa propre initiative ou après avoir été assigné en liquidation par un créancier, il devrait, logiquement, être statué d'abord sur la demande de redressement. Pour protéger les créanciers, cependant, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation dès lors qu'il est constaté, soit au début de la procédure soit plus tard, que le redressement a peu de chances d'aboutir ou est voué à l'échec. Un autre moyen de protéger les créanciers serait de fixer la durée maximale pendant laquelle une procédure de redressement peut être menée contre le gré des créanciers.

24. En règle générale, bien qu'elles soient couramment présentées comme distinctes, les procédures de redressement et de liquidation sont normalement utilisées l'une à la suite de l'autre. En d'autres termes, une procédure de liquidation ne sera engagée que si le redressement a peu de chances de réussir ou si les efforts de redressement ont échoué. Certains régimes d'insolvabilité partent du principe qu'une entreprise devrait être redressée et que la procédure de liquidation ne peut être ouverte qu'en cas d'échec de toutes les tentatives de redressement. Dans les régimes d'insolvabilité qui prévoient la possibilité de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation, une demande à cette fin peut être présentée par le débiteur, par les créanciers ou par le représentant de l'insolvabilité, dans les circonstances définies par la loi, par exemple en cas d'impossibilité pour le débiteur d'acquitter à l'échéance les dettes nées après l'engagement de la procédure; de rejet du plan de redressement par les créanciers ou le tribunal; de manquement du débiteur aux obligations résultant d'un plan approuvé; ou de tentative du débiteur de frauder ses créanciers. S'il est souvent possible de convertir une procédure de redressement en procédure de liquidation, la plupart des régimes d'insolvabilité ne permettent pas de reconvertir ensuite celle-ci en redressement.

25. La difficulté de décider d'emblée si le débiteur devrait faire l'objet d'une procédure de liquidation plutôt que de redressement a conduit certains États à revoir leur loi sur l'insolvabilité et à remplacer les procédures distinctes par une procédure "unitaire"[4]. Dans la conception "unitaire", la loi prévoit une période initiale (généralement appelée "période d'observation" qui, dans certaines lois existantes, peut durer jusqu'à trois mois) pendant laquelle on ne préjuge pas du sort final – redressement ou liquidation – de l'entreprise. Le choix entre l'une ou l'autre issue n'intervient qu'une fois que la situation financière du débiteur a été évaluée et qu'il a été décidé si le redressement est vraiment possible. Cette solution a principalement l'avantage d'être simple sur le plan procédural, souple et potentiellement économique. Une procédure unitaire simple peut également encourager les débiteurs connaissant des difficultés financières à y recourir rapidement, augmentant ainsi les chances de succès d'un redressement. Elle peut toutefois avoir un inconvénient, à savoir qu'entre le moment de la décision d'ouverture et celui du choix de la procédure s'écoule un laps de temps susceptible d'avoir des incidences sur l'activité du débiteur et la valeur de ses actifs. Quelle que soit la façon dont la loi sur l'insolvabilité est structurée en ce qui concerne le redressement et la liquidation, elle devrait garantir qu'un débiteur, une fois dans le système, ne puisse en sortir sans que son avenir ait été déterminé d'une manière ou d'une autre.

[4]Si l'on opte pour un système unitaire, certaines modifications devront être apportées aux différents éléments essentiels de la loi sur l'insolvabilité.

3. Articulation entre la loi sur l'insolvabilité et les autres lois

26. Il faut examiner de façon plus générale comment la loi sur l'insolvabilité s'articulera avec d'autres règles de droit matériel et si elle obligera à les modifier. Il peut s'agir notamment de lois sur le travail qui prévoient certaines protections en faveur des salariés, de lois qui restreignent les possibilités de recours à la compensation (*set-off*) et à la compensation globale (*netting*), de lois qui restreignent les conversions de créances en prises de participation et de lois qui imposent un contrôle des changes ou un contrôle des investissements étrangers pouvant avoir une incidence sur le contenu du plan de redressement (voir contrats de travail, deuxième partie, chap. II, par. 145, et V, par. 72 et 73; compensation et compensation globale, deuxième partie, chap. II, par. 204 à 215; et contenu d'un plan de redressement, deuxième partie, chap. IV, par. 18 à 22). L'articulation entre la loi sur l'insolvabilité et ces autres règles devrait être claire et il faudrait, dans la mesure du possible, que la première comporte des références aux secondes.

27. Bien que le *Guide législatif* n'examine pas en détail les questions relatives au cadre institutionnel, certaines d'entre elles sont abordées brièvement ci-après. Nonobstant la diversité des questions de fond à résoudre, les lois sur l'insolvabilité revêtent un caractère très procédural. Les règles de procédure sont essentielles pour déterminer comment les rôles doivent se répartir entre les divers participants et en particulier qui prend les décisions. Dans la mesure où la loi sur l'insolvabilité confère en grande partie à l'infrastructure institutionnelle la responsabilité de prendre les décisions essentielles, il est indispensable que cette infrastructure soit suffisamment développée pour permettre de prendre les décisions requises.

Recommandation 7 (*par. 20*)

7. Pour concevoir une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, il faudrait prendre en considération les éléments communs suivants:

a) Identification des débiteurs pouvant faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, y compris ceux auxquels il peut être nécessaire d'appliquer un régime d'insolvabilité spécial;

b) Détermination du moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure pouvant être ouverte, de la partie autorisée à en demander l'ouverture et du point de savoir si les critères d'ouverture devraient différer en fonction de la partie qui présente la demande;

c) Mesure dans laquelle le débiteur devrait être autorisé à conserver le contrôle de l'entreprise après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou être dessaisi et une partie indépendante (appelée dans le *Guide législatif* le "représentant de l'insolvabilité") nommée pour superviser et gérer l'entreprise débitrice, et distinction à opérer à cet égard entre liquidation et redressement;

d) Identification des actifs du débiteur qui feront l'objet de la procédure d'insolvabilité et qui constitueront la masse de l'insolvabilité;

e) Protection de la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque les mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

f) Manière dont le représentant de l'insolvabilité peut traiter les contrats conclus par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont entièrement acquittés de leurs obligations respectives;

g) Mesure dans laquelle les droits à compensation (*set-off*) ou à compensation globale (*netting*) peuvent être exercés ou seront protégés, en dépit de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

h) Manière dont le représentant de l'insolvabilité peut utiliser les actifs de la masse de l'insolvabilité ou en disposer;

i) Mesure dans laquelle le représentant de l'insolvabilité peut annuler certains types d'opérations qui lèsent les intérêts des créanciers;

j) Dans le cas d'un redressement, élaboration du plan de redressement et restrictions éventuelles à imposer au contenu du plan, partie habilitée à élaborer ce dernier et conditions requises pour son approbation et son exécution;

k) Droits et obligations du débiteur;

l) Devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité;

m) Fonctions des créanciers et du comité des créanciers;

n) Frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité;

o) Traitement et classement des créances aux fins de la répartition du produit de la liquidation;

p) Répartition du produit de la liquidation;

q) Décharge du débiteur ou dissolution de son entreprise; et

r) Fin de la procédure.

II. Mécanismes de règlement des difficultés financières du débiteur

A. Introduction

1. Le présent chapitre examine les différents mécanismes qui ont été créés et se sont avérés utiles pour résoudre les difficultés financières du débiteur, à savoir notamment les procédures de redressement ou de liquidation menées conformément à la loi sur l'insolvabilité; les négociations engagées volontairement par le débiteur avec ses créanciers et menées pour l'essentiel en dehors de cette loi; et les procédures administratives mises en place dans un certain nombre de pays pour remédier, spécifiquement, aux problèmes financiers systémiques dans le secteur bancaire. Ce dernier mécanisme est mentionné ici pour information seulement et il n'est pas proposé de l'étendre à l'insolvabilité des débiteurs exerçant une activité économique. De même, les organismes d'assistance chargés de superviser ces procédures administratives particulières ne devraient pas être confondus avec les autorités qui pourraient être établies pour superviser des procédures d'insolvabilité conduites conformément à la loi sur l'insolvabilité concernant des débiteurs économiques et qui sont considérées comme un "tribunal" au sens du *Guide législatif*.

B. Négociations volontaires de restructuration

2. Les négociations volontaires de restructuration ont été imaginées il y a quelques années par le secteur bancaire comme alternative aux procédures judiciaires de redressement menées conformément à la loi sur l'insolvabilité. Conduit et influencé par des banques et des organismes financiers opérant internationalement, ce type de négociation s'est progressivement étendu, bien qu'à des degrés divers, à un nombre considérable de pays – si certains disent y recourir rarement, dans d'autres la plupart des redressements seraient opérés par ce moyen. Cette situation peut, jusqu'à un certain point, refléter l'existence (ou l'absence) de ce qui est parfois qualifié de "culture du sauvetage" – à savoir la mesure dans laquelle les participants estiment que ce type de négociation est susceptible de réussir, même si sur le plan formel il est dépourvu de certaines caractéristiques de la procédure régie par la loi sur l'insolvabilité, telles que l'arrêt des poursuites des créanciers.

3. Le recours aux négociations volontaires de restructuration se limite généralement aux sociétés en difficulté financière ou insolvables qui ont des dettes importantes envers des banques et des bailleurs de fonds. L'objectif est de parvenir à un accord contractuel à la fois entre les prêteurs eux-mêmes et entre ceux-ci et le débiteur en vue de la restructuration de l'entreprise débitrice, avec ou sans réorganisation du financement. Ce type de négociation peut être un moyen de conférer de la souplesse à un régime de l'insolvabilité en réduisant la

charge de travail des tribunaux, en incitant les créanciers à réagir plus rapidement qu'ils ne pourraient le faire normalement dans une procédure judiciaire d'insolvabilité et en évitant l'opprobre qui est souvent associée à l'insolvabilité. Le succès de négociations volontaires, bien qu'elles ne se fondent pas sur les dispositions de la loi sur l'insolvabilité, dépend dans une très large mesure de l'existence d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective et d'un cadre institutionnel[1] prévoyant des sanctions susceptibles d'y contribuer. Si le débiteur et ses créanciers bancaires et financiers n'en profitent pas pour se réunir et entamer volontairement ces négociations, ils peuvent invoquer la loi sur l'insolvabilité, avec les inconvénients que cela peut comporter pour l'un comme pour les autres en termes de retards, de coût et de résultat.

4. De nombreux systèmes juridiques envisagent la possibilité pour un débiteur de conclure avec certains ou l'ensemble de ses créanciers un accord ou un arrangement de restructuration de son entreprise ou de ses dettes, qui ne sera pas régi par la loi sur l'insolvabilité mais pourra l'être, par exemple, par le droit des contrats, le droit des sociétés ou le droit commercial, le droit de la procédure civile ou encore, dans certains cas, par la réglementation bancaire pertinente. Cependant, quelques pays n'autorisent pas la conclusion de ce type d'accord ou d'arrangement par voie extrajudiciaire ou en dehors du cadre de la loi sur l'insolvabilité. Certaines lois considéreraient les mesures associées à de telles négociations volontaires comme suffisantes pour que les tribunaux fassent une déclaration d'insolvabilité. De même, un certain nombre de pays, du fait qu'ils imposent au débiteur l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure judiciaire d'insolvabilité dans un certain délai après la survenue d'un certain événement caractéristique de l'insolvabilité, limitent le recours aux négociations volontaires aux cas dans lesquels les conditions formelles pour l'ouverture de la procédure ne sont pas remplies. Malgré ces restrictions, il semble que, dans ces pays, les banques et autres créanciers aient souvent recours à diverses techniques pour parvenir à une forme ou une autre de redressement des débiteurs en dehors de la loi sur l'insolvabilité.

1. Conditions préalables nécessaires

5. Un certain nombre de conditions bien définies doivent être réunies au départ pour assurer l'efficacité des négociations volontaires de restructuration. Ces conditions peuvent être notamment les suivantes:

a) Sommes importantes dues à un certain nombre de grandes banques ou autres institutions financières;

b) Incapacité actuelle ou imminente du débiteur de payer ces sommes;

[1]Voir l'examen du cadre institutionnel au chapitre III ci-dessous.

c) Acceptation de l'idée qu'il peut être préférable de négocier un accord entre le débiteur et les prêteurs mais aussi entre les prêteurs eux-mêmes afin de résoudre les difficultés financières du débiteur;

d) Recours éventuel au refinancement, aux garanties et à d'autres techniques commerciales relativement complexes pour modifier, réaménager ou restructurer les dettes ou l'entreprise débitrice elle-même;

e) Possibilité d'appliquer rapidement et effectivement la loi sur l'insolvabilité si le processus de négociation ne peut être engagé ou échoue;

f) Perspective d'une solution plus avantageuse pour toutes les parties par la négociation que par le recours direct et immédiat à la loi sur l'insolvabilité (en partie parce que le résultat de la négociation est soumis au contrôle des parties prenantes et que le processus est moins onéreux et peut être mené à bien rapidement sans perturber l'activité du débiteur);

g) Le débiteur n'a pas besoin d'une remise de ses dettes commerciales ou des avantages d'une procédure judiciaire d'insolvabilité, tels que l'arrêt automatique des poursuites ou la possibilité de rejeter des dettes trop lourdes; et

h) Conditions fiscales avantageuses ou neutres s'appliquant au redressement tant dans le pays du débiteur que dans les pays des créanciers étrangers.

2. Principaux éléments

6. Pour que des négociations volontaires de restructuration soient efficaces, il faut suivre un certain nombre d'étapes et faire appel à diverses compétences. Les principaux éléments de ce processus sont examinés ci-dessous.

a) Engager les négociations

7. Les négociations volontaires consistent essentiellement à réunir le débiteur et tous les créanciers, ou du moins les principaux, un ou plusieurs d'entre eux devant engager le processus (car ils ne peuvent s'appuyer ni sur une loi ni sur un organisme d'assistance pour engager, imposer ou faciliter les négociations). Un débiteur pourrait être réticent à entamer un dialogue avec les créanciers, ou du moins avec l'ensemble de ceux-ci, et les créanciers, soucieux de leur propre situation, peuvent montrer peu d'intérêt pour des négociations collectives. C'est alors que peuvent être invoquées la possibilité et l'efficacité de recours individuels par les créanciers ou d'une procédure judiciaire d'insolvabilité pour encourager la mise en route et la progression de ces négociations. En effet, un débiteur qui persiste à ne pas participer à ce processus peut faire l'objet de procédures individuelles de recouvrement ou d'exécution, voire d'une procédure d'insolvabilité, qu'il ne pourra empêcher d'aboutir ni retarder. Les créanciers, de leur côté, peuvent également se trouver soumis à une procédure judiciaire d'insolvabilité qui les empêchera d'exercer leurs droits individuels et ne sera peut-être pas le meilleur moyen de recouvrer leurs créances. Il est donc

capital de créer un cadre dans lequel le débiteur et ses créanciers peuvent ensemble rechercher et négocier un accord de règlement des difficultés financières du premier.

b) Coordonner les participants – désigner un créancier chef de file et constituer un comité de restructuration

8. Les négociations volontaires devraient faire intervenir toutes les parties principales; en général, la participation du groupe des prêteurs et parfois des principaux créanciers qui peuvent être concernés par un accord volontaire de restructuration est essentielle pour les négociations. Pour mieux coordonner ces dernières, on charge souvent un créancier principal de l'orientation, de l'organisation, de la gestion et de l'administration du processus. Ce créancier fait en général rapport à un comité représentatif de tous les créanciers (comité de restructuration) et peut apporter une aide et répercuter les propositions concernant le débiteur.

c) Convenir d'une "trêve"

9. Pour permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, disposer de suffisamment de temps pour obtenir et analyser les informations sur le débiteur ainsi que formuler et évaluer des propositions visant à résoudre ses difficultés financières, il peut être nécessaire de parvenir à un accord contractuel de suspension des actions préjudiciables tant du débiteur que des principaux créanciers. Cet accord devrait porter en général sur une période définie, le plus souvent courte, à moins que cela ne convienne pas dans un cas particulier.

d) Recourir à des conseillers

10. Une restructuration volontaire se déroule rarement, sinon jamais, sans l'intervention d'experts et de conseillers indépendants de divers domaines (par exemple, droit, comptabilité, réglementation financière et commerciale, marketing). Si l'on peut penser que ces interventions entraîneront des coûts inutiles et constitueront une ingérence dans les affaires du débiteur et des créanciers ainsi qu'une perte de contrôle, il n'en est pas moins nécessaire en général de disposer d'informations vérifiées par des experts indépendants ainsi que de plans de refinancement, de restructuration, de gestion et d'exploitation élaborés par des professionnels, qui sont essentiels pour assurer le succès des négociations.

e) Assurer des liquidités et un flux de trésorerie appropriés

11. Un débiteur qui se porte candidat à des négociations volontaires de restructuration aura souvent besoin de conserver l'accès à ses lignes de crédit existantes ou de bénéficier de nouveaux crédits. Il se peut que l'octroi de crédits par les créanciers garantis existants ne présente aucun problème. Dans le cas

contraire, toutefois, et si de nouveaux crédits sont nécessaires, il sera peut-être difficile d'en garantir le remboursement si les négociations échouent. Mais alors que la loi sur l'insolvabilité pourra régler cette question en attribuant une forme ou une autre de priorité ou de sûreté à ces prêts en cours (voir deuxième partie, chap. II, par. 100 à 104), elle ne s'étendra généralement pas à un accord conclu dans le cadre de négociations volontaires.

12. Les créanciers qui participent à ces négociations peuvent néanmoins convenir entre eux que si l'un ou plusieurs d'entre eux octroient de nouveaux crédits, les autres céderont leur rang afin que les nouveaux crédits soient remboursés avant leurs propres créances. Ainsi, si les négociations de restructuration aboutissent, il y aura entre ces créanciers un accord contractuel pour le remboursement du nouveau financement apporté. Mais si elles échouent et que l'entreprise débitrice est liquidée, le créancier qui a consenti un nouveau crédit peut se retrouver avec une créance chirographaire (à moins qu'une sûreté réelle n'ait été constituée) et n'être que partiellement remboursé au même titre que les autres créanciers chirographaires[2].

f) Accès à des informations sur le débiteur

13. L'accès à des informations complètes et exactes sur le débiteur est essentiel pour permettre une évaluation correcte de la situation financière de ce dernier et la soumission de propositions aux créanciers concernés. Les informations sur l'actif, le passif et les affaires du débiteur devront êtres mises à la disposition de tous les créanciers concernés, mais devront peut-être rester confidentielles, sauf si elles sont déjà publiques.

g) Traiter avec les créanciers

14. La complexité des intérêts des créanciers pose souvent des problèmes délicats dans les négociations volontaires. On ne peut prendre en compte ces intérêts divergents et persuader les créanciers qui ont déjà engagé à l'encontre du débiteur une action en recouvrement ou en exécution de participer aux négociations que si celles-ci ont des chances d'aboutir à un meilleur résultat ou si la menace d'une procédure judiciaire d'insolvabilité dissuade les créanciers de faire valoir leurs droits individuellement.

15. Dans de nombreux cas, cependant, il sera impossible (voire inutile) de faire participer tous les créanciers aux négociations, soit en raison de leur nombre et de leurs intérêts divergents, soit parce qu'il sera contre-productif d'associer auxdites négociations des créanciers auxquels le débiteur ne doit que de petites sommes ou qui n'ont ni les compétences ni les connaissances commerciales nécessaires pour y prendre une part active ou encore qui ne souhaitent pas participer. Si les créanciers qui relèvent de ces catégories

[2]Voir deuxième partie, chap. V, par. 55 à 61, sur le déclassement des créances.

peuvent souvent être tenus à l'écart, on ne peut pour autant les ignorer, car ils peuvent être importants pour la poursuite de l'activité de l'entreprise (en tant que fournisseurs de biens ou services essentiels ou parce qu'ils participent à des parties essentielles du processus de production de l'entreprise débitrice) et qu'aucune règle ne peut les contraindre à accepter la décision de la majorité.

16. Dans un accord volontaire de restructuration, les créanciers commerciaux et les petits créanciers sont souvent intégralement remboursés. Si cette situation semble révéler une inégalité de traitement, elle peut être jugée commercialement rationnelle par le groupe des principaux créanciers. Une autre solution est de faire accepter par les principaux créanciers un plan de restructuration qui servira ensuite de base à une procédure de redressement sous le contrôle d'un tribunal à laquelle participeront d'autres créanciers (on parle parfois à ce propos de plan "préétabli" (*pre-packaged*) et, dans le présent *Guide*, de "procédure de redressement accélérée" – voir deuxième partie, chap. IV, par. 76 à 94). Ce plan peut ensuite lier les autres créanciers. Mais sans un régime judiciaire de l'insolvabilité efficace, ce résultat ne pourrait être obtenu dans de telles circonstances.

3. Règles et lignes directrices pour une restructuration volontaire

17. Pour faciliter la conduite de négociations volontaires de restructuration et, en particulier, pour traiter les problèmes mentionnés plus haut dans le cas d'entreprises multinationales complexes, un certain nombre d'organisations ont élaboré des principes et des lignes directrices non contraignants. On citera par exemple la méthode dite "de Londres", qui peut être décrite comme un cadre informel adopté avec le soutien de la Banque d'Angleterre pour des opérations lancées par des banques et d'autres prêteurs pour aider provisoirement une entreprise ou un groupe en difficulté financière, dans l'attente d'une éventuelle restructuration. Dans cette méthode, les banques commerciales sont instamment invitées à soutenir leurs débiteurs en situation financière difficile. Les décisions relatives à l'avenir à long terme des débiteurs ne devraient être prises que sur la base d'informations complètes, partagées entre toutes les banques et les autres parties qui participeraient à un accord sur ce point. Des moratoires et des accords de cession de rang facilitent l'octroi d'un financement provisoire et les banques essaient de s'entendre avec les autres créanciers pour décider collectivement s'il faudrait sauver financièrement l'entreprise débitrice et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Des méthodes analogues et, dans certains cas, des lignes directrices, ont été élaborées par les banques centrales d'autres pays.

18. Une des organisations internationales ayant entrepris des travaux dans ce domaine est INSOL International, qui a élaboré des principes pour une approche globale des accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers (*Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor*

Workouts). Ces principes ont pour but d'accélérer les négociations volontaires de restructuration et d'accroître leurs chances de réussite en expliquant aux diverses catégories de créanciers comment procéder sur la base de règles convenues d'un commun accord.

C. Procédures d'insolvabilité

19. Deux principaux types de procédures se retrouvent dans la majorité des lois sur l'insolvabilité – le redressement et la liquidation.

20. La séparation ou distinction traditionnelle entre ces deux types de procédures peut être quelque peu artificielle et risque de créer une polarisation et une rigidité inutiles. Elle ne tient pas compte, par exemple, des cas qu'il est difficile de ranger dans l'un ou l'autre type, c'est-à-dire ceux dans lesquels un mode souple de règlement de la situation financière du débiteur a des chances de donner le meilleur résultat, tant pour le débiteur que pour les créanciers, pour ce qui est de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité. Ainsi, on qualifie parfois de "redressement" un mode particulier de préservation et éventuellement d'augmentation de la valeur de la masse dans le cadre d'une procédure de liquidation, notamment lorsque la loi prévoit que la liquidation s'opère par cession de l'entreprise à un repreneur en vue de la poursuite de l'activité. Dans ce cas, le terme "redressement" désigne simplement une technique autre que la liquidation traditionnelle (c'est-à-dire la vente ou réalisation pure et simple et séparée des actifs) utilisée pour tirer de la masse de l'insolvabilité la valeur la plus élevée possible. Aux fins de cette vente ou réalisation, la loi sur l'insolvabilité devra peut-être ménager une certaine souplesse, dont sont généralement dépourvues les lois qui définissent la liquidation comme une vente aussi rapide que possible des actifs et autorisent le maintien de l'entreprise uniquement dans ce but. Certaines lois, par exemple, permettent effectivement au représentant de l'insolvabilité de vendre ou de réaliser les actifs du débiteur à des conditions plus avantageuses que dans la liquidation. De même, le redressement peut exiger la vente d'éléments importants de l'entreprise du débiteur ou déboucher sur la liquidation ou la vente de l'entreprise à une nouvelle société et sur la dissolution de l'entreprise débitrice existante.

21. Pour ces raisons, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité ne se contente pas de donner le choix entre un seul type de redressement étroitement défini et une procédure de liquidation strictement traditionnelle. La notion de redressement pouvant recouvrir divers types d'arrangements, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité adopte une approche non directive et facilite des arrangements qui permettront de créer davantage de valeur pour les créanciers que la liquidation de l'entreprise débitrice.

22. Dans son analyse des dispositions essentielles d'un régime de l'insolvabilité efficace et effectif, le *Guide législatif* se focalise sur la procédure de redressement, d'une part, et sur la procédure de liquidation, d'autre part. Ce faisant, il ne cherche pas à indiquer une préférence pour des types particuliers de procédures ou pour la façon dont ces procédures devraient être intégrées dans une loi sur l'insolvabilité, mais plutôt à comparer les éléments essentiels des différents types de procédures et à promouvoir une approche axée sur la maximisation du résultat pour les parties concernées et non sur des types de procédures strictement définis. Le législateur peut atteindre cet objectif en incorporant dans la loi sur l'insolvabilité les éléments judiciaires traditionnels d'une façon qui assure le maximum de souplesse.

1. Procédure de redressement

23. En tant que procédure visant à sauver un débiteur ou, à défaut, une activité, le redressement peut revêtir plusieurs formes et sa conception, son acceptation et son application varient sans doute bien davantage que la liquidation d'un pays à l'autre. Par souci de simplicité, le terme "redressement" est employé dans le *Guide* dans un sens large pour désigner le type de procédure dont l'objectif ultime est de permettre au débiteur de surmonter ses difficultés financières et de reprendre ou de poursuivre ses activités commerciales normales (même s'il peut, dans certains cas, déboucher sur une réduction des activités de l'entreprise, sa cession à une autre société en vue de la poursuite de l'activité ou sa liquidation).

24. Toutes les entreprises débitrices qui donnent des signes de faiblesse ou connaissent de graves difficultés financières sur un marché concurrentiel ne devraient pas nécessairement être liquidées; une entreprise débitrice qui a des perspectives raisonnables de survie (par exemple, qui exerce une activité potentiellement rentable) devrait se voir donner une chance, lorsque l'on peut démontrer qu'il est plus intéressant (et par conséquent plus avantageux à long terme pour les créanciers) de maintenir ensemble son activité essentielle et d'autres de ses composantes. Les procédures de redressement visent à accorder un répit au débiteur pour lui permettre de surmonter ses problèmes temporaires de liquidités ou un problème plus permanent de surendettement et à lui donner, si nécessaire, la possibilité de restructurer ses dettes et ses relations avec les créanciers. Lorsque le redressement est possible, il aura généralement la préférence des créanciers si la valeur tirée de la poursuite des activités de l'entreprise débitrice augmente celle de leurs créances.

25. Le redressement, toutefois, n'implique pas que toutes les parties intéressées doivent être entièrement protégées ni qu'elles devraient être rétablies dans la position financière ou commerciale qui aurait été la leur si l'entreprise n'était pas devenue insolvable. Il ne signifie pas que l'entreprise débitrice sera complètement remise sur pied ou que ses créanciers seront

totalement désintéressés, ni que les propriétaires et les dirigeants de l'entreprise insolvable maintiendront et préserveront leurs positions respectives. Les dirigeants peuvent être démis et remplacés, les droits des actionnaires réduits à néant, une partie des salariés licenciés et les fournisseurs perdre un de leurs débouchés. En général, cependant, le redressement implique que, quel que soit le type de plan, de dispositif ou d'arrangement convenu, les créanciers recevront au bout du compte un montant plus élevé que si l'entreprise débitrice devait être liquidée.

26. Parmi les autres facteurs qui justifient le recours au redressement figure le fait que l'économie moderne a considérablement réduit les possibilités de maximisation de la valeur des actifs du débiteur par voie de liquidation. Dans les cas où le savoir-faire technique et la clientèle sont plus importants que les actifs corporels pour la poursuite de l'activité, la préservation des ressources humaines et des relations d'affaires sont des éléments essentiels de la valeur qui ne peuvent être réalisés par voie de liquidation. En outre, les procédures de redressement ont plus de chance de servir l'intérêt économique à long terme, puisqu'elles encouragent les débiteurs à agir avant que leurs difficultés financières ne deviennent graves. Enfin, des considérations sociales et politiques militent en faveur de l'existence de procédures de redressement qui protègent, par exemple, les salariés d'une entreprise débitrice en difficulté.

27. Un redressement peut prendre différentes formes. Il peut s'agir d'un simple accord concernant les dettes (appelé "concordat") par lequel, par exemple, les créanciers conviennent de recevoir un certain pourcentage de leurs créances et de se considérer ainsi pleinement, complètement et définitivement désintéressés. Le débiteur voit ainsi ses dettes réduites et, redevenu solvable, il peut poursuivre ses activités. Il peut aussi s'agir d'une procédure complexe prévoyant, par exemple, la restructuration des dettes (par exemple, par l'extension de la durée du prêt et du délai de remboursement, le report du paiement des intérêts ou le changement de l'identité des prêteurs); la possibilité de convertir une partie des créances en prises de participation moyennant une réduction (ou même la disparition) des participations existantes; la possibilité de vendre les actifs non essentiels; et l'arrêt des activités non rentables. Le choix du mode de redressement est généralement fonction de la taille de l'entreprise et de la complexité de la situation du débiteur.

28. Bien que le redressement ne soit pas aussi répandu dans les lois sur l'insolvabilité que la liquidation et ne puisse pas, de ce fait, suivre un modèle commun, un certain nombre d'éléments clefs ou essentiels peuvent être dégagés:

a) Soumission du débiteur à la procédure (de son plein gré ou à la demande des créanciers), qui peut comporter ou non un contrôle ou une surveillance judiciaire;

b) Interdiction ou suspension automatique et obligatoire des actions et des poursuites de tous les créanciers contre les actifs du débiteur pendant une durée limitée;

c) Continuation de l'activité du débiteur, par la direction en place, par un administrateur indépendant ou par les deux à la fois;

d) Élaboration d'un plan contenant des propositions quant au traitement des créanciers, des actionnaires et du débiteur lui-même;

e) Examen, vote et acceptation du plan par les créanciers;

f) Éventuellement, approbation ou homologation judiciaire du plan accepté; et

g) Exécution du plan.

29. Les avantages du redressement sont de plus en plus acceptés, et de nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions relatives aux procédures judiciaires de redressement. La mesure dans laquelle on a recours, pour atteindre les objectifs du redressement, à une procédure judiciaire plutôt qu'à une forme ou une autre de négociations volontaires, varie selon les pays. En tout état de cause, il est généralement admis que l'existence d'une procédure de liquidation dans la loi sur l'insolvabilité peut faciliter le redressement d'une entreprise débitrice en incitant à la fois les créanciers et les débiteurs à trouver un accord approprié dans le cadre d'un plan de redressement.

30. Il y a toutefois souvent une corrélation entre la gravité des difficultés financières que connaît le débiteur, l'intrication de ses arrangements commerciaux et la complexité de la solution appropriée. Si, par exemple, une seule banque ou un petit nombre de banques et de créanciers institutionnels sont impliqués, il est probable que le débiteur pourra négocier avec eux un accord volontaire de restructuration et résoudre ses difficultés sans faire intervenir ses créanciers commerciaux et sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir une procédure dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la situation financière est plus complexe et exige la participation d'un grand nombre de créanciers de types différents, un plus grand formalisme peut être nécessaire pour trouver une solution qui satisfasse les intérêts et objectifs différents de ces créanciers, puisque les accords volontaires de restructuration doivent généralement être adoptés à l'unanimité des participants pour avoir effet. Dans ces cas, l'ouverture d'une procédure de redressement dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité peut aider à atteindre l'objectif souhaité lorsqu'elle permet d'imposer un plan approuvé par la majorité requise de créanciers à une minorité de créanciers qui n'y est pas favorable. Dans certains cas, les procédures conduites conformément à la loi sur l'insolvabilité sont efficaces précisément parce qu'elles sont régies par cette loi, qui impose sa discipline aux participants tout en leur offrant une certaine protection. Dans d'autres cas, les négociations volontaires réussissent parce qu'elles ne sont pas soumises à une réglementation et sont ainsi exemptes des lenteurs et des coûts qui découlent généralement d'une telle réglementation.

31. Attendu qu'il est souvent impossible, comme cela est indiqué plus haut, de parvenir à un accord au moyen de négociations volontaires de restructuration du fait que les créanciers peuvent faire exécuter leurs droits individuellement et qu'il est nécessaire d'obtenir leur consentement unanime pour modifier les conditions de certaines catégories de créances, certains États ont adopté différents types de mécanismes, notamment des mécanismes antérieurs à l'insolvabilité ou préalables à la procédure d'insolvabilité ("pre-insolvenvy" ou "pre-packaged"), pour faire face à ces situations. La procédure de redressement accélérée, examinée dans le *Guide*, suit dans cette optique la procédure de redressement, mais de manière simplifiée en combinant des négociations volontaires de restructuration, dans le cadre desquelles un plan est négocié et approuvé par une majorité des créanciers concernés, et une procédure de redressement ouverte conformément à la loi sur l'insolvabilité pour obtenir l'homologation de ce plan par le tribunal afin de lier les créanciers opposants. Elle vise à réduire au minimum les frais et les lenteurs associés au redressement judiciaire et constitue un moyen de faire approuver un plan de restructuration négocié volontairement par un débiteur avec tout ou partie de ses créanciers même en l'absence d'accord unanime. Elle permet aussi d'utiliser l'approbation du plan de restructuration obtenue dans le cadre des négociations volontaires pour mener à bien un redressement qui liera tous les créanciers, tout en apportant à ceux-ci les protections prévues par la loi sur l'insolvabilité. Ce type de procédure est examiné plus en détail dans la deuxième partie, chapitre IV, par. 76 à 94.

32. Une solution différente visant à faciliter un règlement amiable avec les créanciers, consiste à autoriser un débiteur à demander au tribunal de nommer un "conciliateur". Ce dernier n'a pas de pouvoirs particuliers, mais peut demander au tribunal d'imposer un arrêt des voies d'exécution à tous les créanciers s'il estime qu'une telle mesure favoriserait la conclusion d'un accord de règlement. Pendant la durée de l'arrêt, le débiteur ne peut faire aucun paiement pour s'acquitter de dettes existantes (à l'exception des salaires) ni disposer d'aucun actif en dehors du cours normal des affaires. La procédure se termine lorsqu'un accord est conclu soit avec tous les créanciers soit (sous réserve de l'approbation du tribunal) avec les principaux d'entre eux; dans ce dernier cas, le tribunal peut maintenir l'arrêt pour tous les créanciers non participants en accordant au débiteur un délai de grâce allant jusqu'à deux ans.

2. Liquidation

33. Le type de procédure appelé "liquidation" est régi par la loi sur l'insolvabilité et prévoit habituellement la prise en charge des actifs du débiteur par une autorité publique (généralement, mais pas nécessairement, un tribunal judiciaire agissant par l'intermédiaire d'une personne nommée à cette fin), en vue de mettre un terme à l'activité commerciale du débiteur, de réaliser les actifs non monétaires et de répartir ensuite le produit de la vente ou de la

réalisation des actifs proportionnellement entre les créanciers. Les lois sur l'insolvabilité exigent généralement que les actifs soient vendus ou réalisés séparément aussi rapidement que possible. Certaines autorisent cependant que l'entreprise soit cédée par unités de production ou en vue de la poursuite de son activité, ce qui dans d'autres lois n'est permis que dans le redressement. La liquidation aboutit habituellement à la dissolution ou à la disparition du débiteur en tant que personne morale commerciale et à sa décharge en tant que personne physique.

34. D'un pays à l'autre, les procédures de liquidation sont souvent très similaires dans leur conception, leur acceptation et leur application, et se déroulent normalement suivant le schéma ci-après:

a) Saisie d'un tribunal ou d'un autre organe compétent soit par le débiteur soit par les créanciers;

b) Décision ou jugement prononçant la liquidation du débiteur;

c) Nomination d'une personne indépendante chargée de conduire et d'administrer la liquidation;

d) Fermeture de l'entreprise du débiteur, si celle-ci ne peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité, et dessaisissement des propriétaires et des dirigeants et licenciement des salariés;

e) Vente ou réalisation des actifs du débiteur, séparément ou en vue de la poursuite de l'activité;

f) Décisions sur les créances des créanciers;

g) Répartition des fonds disponibles entre les créanciers (suivant un certain ordre de priorité); et

h) Dissolution du débiteur, lorsqu'il s'agit d'une société ou d'un autre type de personne morale, ou décharge, dans le cas d'une personne physique.

35. Un certain nombre de considérations juridiques et économiques justifient la liquidation. En gros, on peut considérer qu'une entreprise commerciale qui n'est pas compétitive dans une économie de marché devrait être éliminée. L'un des principaux signes du manque de compétitivité d'une entreprise est le fait qu'elle satisfait à un des critères d'insolvabilité, à savoir qu'elle est dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance ou que son passif dépasse son actif. Plus précisément, le recours à une procédure de liquidation peut être considéré comme une façon de régler les problèmes entre créanciers (lorsque les actifs d'un débiteur insolvable ne sont pas suffisants pour désintéresser tous les créanciers, chacun d'eux aura tout intérêt à prendre des dispositions pour recouvrer sa créance avant que d'autres créanciers ne fassent de même) et d'imposer une discipline qui est un élément essentiel d'une relation débiteur-créanciers durable. Une procédure de liquidation ordonnée et efficace permet de régler les problèmes entre créanciers en mettant en branle une procédure collective qui vise à éviter les actions qui, tout en étant considérées par les différents créanciers comme servant au mieux leurs intérêts, aboutissent en fait

à une perte de valeur pour l'ensemble des créanciers. Une procédure collective est conçue pour assurer un traitement équitable aux créanciers, en accordant un traitement identique à ceux qui se trouvent dans la même situation, et pour maximiser la valeur des actifs du débiteur dans l'intérêt de tous les créanciers. On parvient normalement à ce résultat en imposant un arrêt des poursuites qui empêche les créanciers d'exercer leurs droits individuels contre le débiteur et en nommant une personne indépendante qui a essentiellement pour mission de maximiser la valeur des actifs du débiteur avant répartition entre les créanciers.

36. Un mécanisme ordonné et relativement prévisible d'exécution des droits collectifs des créanciers peut également apporter à ces derniers un élément de prévisibilité au moment où ils décident d'octroyer des prêts et, d'une manière plus générale, favoriser les intérêts de tous les acteurs économiques en facilitant l'offre de crédit et le développement des marchés financiers. Cela ne signifie pas qu'une loi sur l'insolvabilité devrait faire fonction de mécanisme d'exécution des droits de chaque créancier, encore qu'il y ait un lien manifeste et important entre mécanismes d'exécution et mécanismes de règlement de l'insolvabilité. L'efficacité et l'effectivité des procédures d'exécution individuelle des droits des créanciers éviteront à ces derniers d'avoir à recourir à la procédure d'insolvabilité dans ce but, d'autant qu'en général, les règles de preuve, le coût et la complexité de cette procédure n'en font pas un instrument approprié à cette fin. Cela étant, une procédure d'insolvabilité efficace garantira qu'en cas d'échec des mécanismes de recouvrement des créances, les créanciers disposeront d'une ultime voie de recours susceptible d'inciter un débiteur récalcitrant à payer tel ou tel créancier.

D. Procédures administratives

37. Ces dernières années, un certain nombre de pays touchés par la crise ont mis au point des formes "structurées" semi-officielles de procédures d'insolvabilité, largement inspirées par les banques étatiques ou centrales, pour traiter les problèmes financiers systémiques au sein du système bancaire. Ces procédures ont été conçues selon un modèle similaire. Premièrement, dans chaque cas, un organisme d'assistance est chargé d'encourager et, en partie, de coordonner et d'administrer la procédure afin de fournir l'incitation et la motivation nécessaires à son déroulement. Deuxièmement, chaque procédure s'appuie sur un accord entre banques commerciales dans lequel les participants conviennent de suivre une série de "règles" concernant les sociétés débitrices qui ont des dettes envers une ou plusieurs des banques et qui peuvent participer à la procédure. Ces règles indiquent la marche à suivre et les conditions à imposer en cas de tentative de redressement de la société. Dans certains des pays, une société débitrice qui cherche à négocier un redressement dans le cadre d'une telle procédure est tenue de se soumettre à ces règles. Troisièmement, des délais sont fixés pour diverses parties de la procédure et, dans certains cas, des accords de principe peuvent être soumis au tribunal compétent en vue de

l'ouverture d'une procédure de redressement conformément à la loi sur l'insolvabilité. De plus, un pays a créé un organisme spécial auquel la loi confère des pouvoirs extrêmement étendus lui permettant d'acquérir des prêts improductifs auprès du secteur bancaire et financier puis d'imposer des procédures extrajudiciaires à une société débitrice défaillante, y compris un redressement forcé ou imposé.

38. Ces procédures ne sont pas examinées dans le *Guide législatif* car, d'une part, elles sont relativement complexes et supposent l'élaboration de règles et de règlements spéciaux et, d'autre part, elles concernent des cas particuliers de défaillance systémique.

III. Cadre institutionnel

1. Une loi sur l'insolvabilité fait partie intégrante d'un système plus vaste de droit commercial. Sa bonne application exige dans une très large mesure que ce système mais également le cadre institutionnel chargé de l'administrer soient bien développés. Les choix opérés à l'occasion de l'élaboration ou de la réforme d'une loi sur l'insolvabilité devront donc être fonction des capacités dont disposent les institutions en place. Le régime de l'insolvabilité ne produira les effets voulus que si les tribunaux et les agents chargés de l'appliquer ont les moyens nécessaires pour garantir aux personnes devant en bénéficier le maximum d'efficacité, de rapidité et d'équité. Lorsque ces moyens institutionnels font défaut, il est très souhaitable que la réforme de la loi sur l'insolvabilité s'accompagne d'une réforme institutionnelle, dans laquelle on mettra en balance les coûts d'établissement et de maintien du cadre institutionnel nécessaire et les avantages d'un régime efficace et effectif qui inspire confiance au public. Si le *Guide législatif* n'a pas pour vocation d'examiner dans le détail comment mettre en place ou accroître ces capacités institutionnelles, on peut néanmoins formuler un certain nombre d'observations générales[1].

2. Dans la plupart des pays, les procédures d'insolvabilité sont administrées par un organe judiciaire, à savoir généralement par des tribunaux de commerce ou des tribunaux de droit commun ou, plus rarement, par des tribunaux spécialisés dans la faillite. Dans certains pays, les juges sont spécialisés dans les questions d'insolvabilité, dont ils s'occupent exclusivement, alors que dans d'autres, ces questions ne sont qu'un aspect de leur travail. Dans quelques pays, des organes non judiciaires ou quasi judiciaires remplissent la même fonction que les tribunaux dans d'autres pays.

3. Lorsqu'on élabore une loi sur l'insolvabilité, il peut être souhaitable de se demander dans quelle mesure les tribunaux seront tenus de superviser la

---

[1]Un certain nombre d'organisations internationales s'attachent à renforcer les capacités institutionnelles. Le *Guide* n'a pas pour objet de réaliser une étude exhaustive de ces organisations, mais citera seulement quelques exemples: INSOL International fournit une formation et une assistance technique aux praticiens de l'insolvabilité, aux juges, aux législateurs et aux prêteurs au moyen de conférences, de cours spéciaux et de recherches techniques; la Banque asiatique de développement aide les pays à améliorer le fonctionnement des institutions publiques, en particulier des tribunaux, des organes de réglementation et des ministères de la justice, par la création de centres de formation juridique et la diffusion sur le Web de supports de formation et de travaux de recherche juridique; la Banque mondiale, qui reconnaît l'importance d'institutions efficaces pour le développement durable, aide les pays clients dans l'action qu'ils mènent pour renforcer leurs capacités institutionnelles en leur proposant des prêts, des évaluations, un assistance technique et des produits d'information; le Fonds monétaire international organise des formations, des ateliers et des séminaires spécialisés à l'intention des autorités des pays membres pour les aider à renforcer leur infrastructure juridique et à améliorer le fonctionnement de leur système judiciaire, lorsque ces aspects revêtent une importance sur le plan macroéconomique. Des informations plus détaillées peuvent être obtenues auprès de ces organisations.

procédure et si leur participation peut ou non être limitée en ce qui concerne différentes phases de la procédure ou être contrebalancée par l'intervention d'autres parties, telles que les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Cette question revêt une importance particulière lorsque la loi sur l'insolvabilité fait obligation aux juges de trancher rapidement des questions d'insolvabilité délicates (qui comportent souvent des aspects commerciaux) et que la capacité du système judiciaire est limitée, que ce soit en raison de sa taille, d'une insuffisance générale de ressources ou d'un manque de connaissance et d'expérience des types de questions pouvant se poser dans le cadre de l'insolvabilité.

4. Afin de réduire les fonctions remplies par le tribunal et prévoir également les freins et contrepoids nécessaires, une loi sur l'insolvabilité peut assigner des fonctions spécifiques à d'autres participants, tels que le représentant de l'insolvabilité et les créanciers, ou à une autre autorité, telle qu'un organisme de réglementation de l'insolvabilité ou des entreprises. Une loi sur l'insolvabilité peut autoriser le représentant de l'insolvabilité, par exemple, à prendre des décisions sur un certain nombre de questions, comme la vérification et l'admission des créances, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la remise des actifs grevés sans valeur pour la masse, la vente d'actifs importants, l'engagement d'actions en annulation et le traitement des contrats, sans que le tribunal soit tenu d'intervenir, sauf en cas de litige concernant l'une de ces questions. Cette solution n'est possible que s'il existe un corps de professionnels suffisamment qualifiés pour s'acquitter des fonctions de représentant de l'insolvabilité. La loi peut également autoriser les créanciers à donner leur avis au représentant de l'insolvabilité ou à approuver certaines de ses décisions, concernant par exemple la vente d'actifs importants ou l'obtention d'un financement après l'ouverture de la procédure, sans que le tribunal ait à intervenir, sauf en cas de litige. Une loi sur l'insolvabilité peut indiquer les décisions devant être soumises à l'approbation du tribunal, telles que l'octroi d'un droit de priorité sur les créanciers garantis existants pour l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

5. Pour qu'un tribunal puisse traiter les questions commerciales parfois complexes se posant dans les affaires d'insolvabilité, il ne lui suffit généralement pas d'avoir la connaissance et l'expérience de certaines pratiques juridiques et commerciales; il faut également que cette connaissance et cette expérience soient régulièrement mises à jour. S'agissant des compétences des organes judiciaires, l'accent doit être mis avant tout sur la formation théorique et sur la formation pratique continue du personnel des tribunaux, à savoir non seulement des juges mais également des greffiers et autres auxiliaires de justice, si l'on veut que les organes judiciaires puissent traiter effectivement et efficacement toutes les procédures d'insolvabilité dont ils sont saisis.

6. Un autre problème lié à la fonction de supervision pouvant être exercée par le tribunal dans les affaires d'insolvabilité est l'établissement d'un équilibre,

dans la loi sur l'insolvabilité, entre les éléments obligatoires et les éléments discrétionnaires. Si des éléments obligatoires, comme l'ouverture automatique de la procédure ou l'arrêt automatique des poursuites, peuvent apporter un degré élevé de sécurité et de prévisibilité au débiteur et aux créanciers et limiter les questions devant être examinées par les tribunaux, ils risquent également d'entraîner une certaine rigidité s'ils sont trop nombreux. Une approche discrétionnaire permet au tribunal d'examiner les faits et circonstances, en tenant compte des précédents, de l'intérêt général, des intérêts des personnes qui seront concernées par sa décision et des conditions du marché, mais elle peut également lui compliquer la tâche lorsqu'il n'a pas la connaissance ou l'expérience requise pour procéder à cet examen ou ne dispose pas des ressources nécessaires pour agir rapidement. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit l'homologation d'un plan de redressement par le tribunal, par exemple, il n'est pas souhaitable de demander à ce dernier de se lancer dans une évaluation économique complexe de la faisabilité ou de l'opportunité du plan. Il vaut mieux qu'il se borne à vérifier la régularité du processus d'approbation et d'autres points précis et s'en remettre aux créanciers qui ont suffisamment de discernement sur le plan commercial pour décider en connaissance de cause d'approuver le plan. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité confère un pouvoir discrétionnaire à un organe décisionnel, par exemple à un tribunal, il est préférable qu'elle fournisse également des indications suffisantes sur l'exercice approprié de ce pouvoir, en particulier lorsque se posent des questions économiques ou commerciales. Cette approche est conforme à l'objectif général de transparence et de prévisibilité des procédures d'insolvabilité.

7. L'adéquation de l'infrastructure judiciaire et, en particulier, des ressources dont disposent les tribunaux connaissant des affaires d'insolvabilité peut avoir une influence déterminante sur l'efficacité avec laquelle sont traitées ces affaires et sur la durée de la procédure. C'est là un aspect dont il faudra probablement tenir compte pour déterminer si la loi sur l'insolvabilité devrait imposer des délais pour la conduite de certaines parties de la procédure. Si l'infrastructure judiciaire n'est pas en mesure de satisfaire avec diligence à l'obligation qui lui est faite de veiller au respect des délais par les parties et à la progression rapide de la procédure, l'insertion de telles dispositions dans la loi ne permettra pas d'assurer l'efficacité et l'effectivité voulues au régime de l'insolvabilité. Les règles de procédure seront également importantes et des règles bien conçues aideront les tribunaux et les professionnels chargés des affaires d'insolvabilité à remédier de manière efficace et ordonnée à la situation économique du débiteur, en réduisant les retards pouvant entraîner une dépréciation des actifs de ce dernier et compromettre les chances de succès de la procédure (qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement). Ces règles contribueront également à assurer une certaine prévisibilité et une certaine uniformité dans le traitement des affaires d'insolvabilité.

8. L'application d'un régime de l'insolvabilité dépend non seulement des tribunaux mais également des professionnels intervenant dans la procédure,

qu'il s'agisse des représentants de l'insolvabilité, des conseillers juridiques, des comptables, des experts en évaluation ou autres consultants. L'adoption de normes professionnelles et la formation peuvent aider à renforcer les capacités dans ce domaine. Il peut être indiqué de déterminer quelles fonctions présentent un caractère strictement public et devraient par conséquent être exercées par le secteur public, de manière à inspirer la confiance nécessaire pour que le régime de l'insolvabilité soit efficace, et quelles fonctions, par exemple celle de représentant de l'insolvabilité, peuvent être accomplies par des personnes du secteur privé participant à la procédure si des mesures d'incitation appropriées sont prévues.

Deuxième partie

Dispositions essentielles d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

1. La deuxième partie du *Guide législatif* s'attache au contenu de la loi sur l'insolvabilité et aux éléments essentiels qui sont considérés comme nécessaires pour que la procédure d'insolvabilité menée en vertu de cette loi soit efficace et effective. Dans la mesure du possible, le *Guide* traite de ces éléments dans un ordre qui suit le déroulement de la procédure d'insolvabilité.

2. Le chapitre premier analyse les critères de demande d'ouverture et d'ouverture de la procédure. Le chapitre II étudie les effets de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur le débiteur et ses actifs, notamment la constitution d'une masse de l'insolvabilité, la protection et la préservation de cette masse, l'utilisation et la disposition des actifs, le financement postérieur à l'ouverture, le traitement des contrats, l'application des dispositions d'annulation, les droits à compensation (*set-off*), les contrats financiers et la compensation globale (*netting*). Le chapitre III examine les rôles du débiteur et du représentant de l'insolvabilité et leurs diverses obligations et fonctions, ainsi que les mécanismes destinés à faciliter la participation des créanciers. Bien que les questions relatives au redressement soient abordées tout au long du *Guide*, le chapitre IV examine, en particulier, celles qui sont liées à la proposition et à l'approbation du plan de redressement et aux procédures de redressement accélérées. Le chapitre V est consacré aux différents types de créances des créanciers et à leur traitement, ainsi qu'à l'établissement de priorités aux fins de la répartition. Le chapitre VI traite des questions liées à la conclusion de la procédure d'insolvabilité, notamment à la décharge et la clôture. Les questions d'insolvabilité internationale sont abordées dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le *Guide* pour son incorporation dans le droit interne (voir annexe III).

I. Demande d'ouverture et ouverture

A. Admissibilité et compétence

1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une loi sur l'insolvabilité

1. Avant d'élaborer une loi sur l'insolvabilité visant les débiteurs engagés dans des activités économiques[1] (avec ou sans but lucratif), il importe de déterminer et de définir clairement les débiteurs auxquels elle s'appliquera, en sachant que ceux qui en seront exclus ne bénéficieront pas des protections qu'elle offre mais ne seront pas non plus soumis à la discipline qu'elle impose. D'où l'intérêt de concevoir une loi prévoyant peu d'exceptions. L'élaboration de dispositions sur l'admissibilité, pour une loi sur l'insolvabilité, soulève deux questions fondamentales. Il faut, d'une part, déterminer si cette loi devrait établir une distinction entre les débiteurs personnes physiques et les débiteurs prenant la forme d'entreprises ou de sociétés à responsabilité limitée ou d'autres personnes morales, chacune de ces catégories soulevant non seulement des considérations de politique générale différentes mais aussi des considérations d'ordre social et autre. Il faut, d'autre part, déterminer quelles catégories de débiteurs devront éventuellement être exclues.

2. Les États adoptent différentes approches quant au champ d'application de leur loi sur l'insolvabilité. Certains choisissent d'appliquer la même loi à l'ensemble des débiteurs, à certaines exceptions près, telles que celles examinées ci-dessous. D'autres distinguent entre personnes physiques et personnes morales et prévoient une loi différente pour chaque catégorie. D'autres encore font une distinction entre personnes morales et personnes physiques selon qu'elles ont une activité économique (ou de consommation). Parmi ces derniers, certains ont une loi sur l'insolvabilité des "commerçants", définis comme des personnes exerçant des activités économiques à titre professionnel ou des sociétés constituées conformément à la législation commerciale et d'autres entités exerçant régulièrement des activités économiques. Enfin, des pays prévoient aussi dans leur loi des procédures différentes selon le montant des dettes et plusieurs ont élaboré des régimes d'insolvabilité spéciaux pour différents secteurs économiques, en particulier l'agriculture.

---

[1]Le terme "activités économiques" devrait être interprété au sens large de manière à englober les questions découlant de toutes relations contractuelles ou non impliquant une activité économique. Ces relations comprendraient, sans s'y limiter, les opérations suivantes: fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage, crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; octroi de licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; et transport de marchandises ou de voyageurs par air, mer, par chemin de fer ou route.

a) Personnes physiques exerçant des activités économiques

3. Les politiques applicables à l'endettement et à l'insolvabilité des particuliers reposent souvent sur des considérations culturelles qui ne jouent pas autant lorsqu'il s'agit de débiteurs exerçant une activité économique, par exemple la façon dont l'endettement personnel est perçu; possibilité d'apporter une aide en cas de surendettement; effets de la faillite sur le statut social des particuliers; nécessité de conseiller et d'éduquer les particuliers endettés; et fait de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ en lui accordant une décharge (effacement de tout ou partie de certaines dettes après la clôture de la procédure – voir chap. VI, par. 1 à 13). En revanche, les politiques applicables à l'insolvabilité des commerçants se limitent généralement à des considérations économiques et commerciales, telles que l'importance du rôle joué par l'entreprise dans l'économie; le besoin de préserver et d'encourager l'activité économique et entrepreneuriale; et la nécessité de favoriser l'offre de crédits et de protéger les créanciers.

4. Les intérêts des personnes physiques exerçant une activité économique (y compris, par exemple, les sociétés en participation et les entreprises individuelles) diffèrent de ceux des consommateurs, du moins en ce qui concerne certains aspects de leur endettement. Cependant, il est souvent difficile de distinguer entre endettement privé et endettement professionnel d'une personne physique pour déterminer le régime à lui appliquer en cas d'insolvabilité. Pour faciliter la distinction, on peut se fonder sur différents critères, par exemple sur la nature de l'activité exercée, le montant des dettes et le lien entre ces dernières et l'activité économique. Certains éléments constituent des indicateurs de participation à une activité économique, comme par exemple l'immatriculation de l'entreprise en tant qu'entité professionnelle ou autre forme d'entité commerciale; le fait que celle-ci corresponde à un type de personne morale prévu dans la législation commerciale; la nature de ses activités habituelles; et les informations concernant son chiffre d'affaires ainsi que son actif et son passif.

5. De nombreux États appliquent leur loi sur l'insolvabilité commerciale aux personnes physiques exerçant une activité économique. L'expérience d'autres États montre que, si les activités commerciales des personnes physiques font partie intégrante de l'activité économique, il est souvent préférable de les soumettre au régime de l'insolvabilité des personnes physiques car, en définitive, le dirigeant d'une entreprise individuelle exercera son activité sans aucune limitation de responsabilité, ce qui le laissera personnellement et indéfiniment tenu des dettes de son entreprise. Dans ces cas se posent également de délicates questions concernant la décharge, notamment celle du délai d'attente exigé pour la libération du débiteur et celle des obligations pouvant ou non être éteintes. Les dettes inextinguibles sont généralement liées à des problèmes personnels, tels que des règlements dans des procédures de divorce ou des obligations d'entretien vis-à-vis d'enfants.

6. En outre, le fait de soumettre les personnes physiques au régime de l'insolvabilité commerciale risque, dans certains États, d'en gêner l'application en raison de la façon dont la société perçoit l'insolvabilité personnelle, quelle qu'en soit la nature. Il est souhaitable, lors de l'élaboration d'une loi traitant de l'insolvabilité professionnelle, de prendre en considération ces différents points, en tenant compte de la manière dont l'activité économique est généralement exercée dans un État donné, ainsi que de l'existence et de l'efficacité des lois sur l'insolvabilité traitant des personnes physiques. Dans de nombreux États, par exemple, l'activité économique est exercée presque exclusivement par des personnes physiques, et les exclure de la loi sur l'insolvabilité limiterait considérablement le fonctionnement et l'efficacité de cette dernière. Dans d'autres, c'est la loi sur l'insolvabilité personnelle qui traite spécifiquement de l'insolvabilité des personnes physiques exerçant une activité économique, qui sont exclues du régime de l'insolvabilité commerciale.

7. Le *Guide législatif* se concentre sur la conduite d'activités économiques par des personnes tant morales que physiques, quelle que soit la structure juridique choisie pour exercer ces activités, et que celles-ci soient menées avec ou sans but lucratif[2]. Il indique les cas dans lesquels des dispositions supplémentaires ou différentes seront nécessaires si la loi sur l'insolvabilité s'applique aux personnes physiques.

b) Entreprises publiques

8. Une loi sur l'insolvabilité peut s'appliquer à toutes les catégories de débiteurs, privés ou publics, exerçant des activités économiques, en particulier aux entreprises publiques qui affrontent la concurrence sur le marché comme des entités économiques ou commerciales à part entière et qui ont les mêmes intérêts commerciaux et économiques que les entreprises privées. Ne sont pas visés ici les États, les collectivités territoriales, les communes et autres organes ou autorités publiques analogues, sauf s'il s'agit d'entreprises publiques fonctionnant comme des entreprises commerciales.

9. Le fait qu'une entreprise appartient à l'État ne saurait en soi être un motif suffisant pour l'exclure du champ d'application de la loi sur l'insolvabilité, bien qu'un certain nombre de pays adoptent effectivement cette approche. Lorsque l'État joue différents rôles à l'égard de l'entreprise, non seulement en tant que propriétaire, mais aussi en tant que prêteur et principal créancier, les incitations commerciales normales ne joueront pas, les solutions de compromis seront sans doute difficiles à trouver et la probabilité d'un conflit d'intérêts est très forte. L'application du régime de l'insolvabilité à ces entreprises a donc l'avantage de les soumettre à la discipline de ce régime, de montrer clairement que le soutien financier de l'État ne sera pas illimité et de contribuer à réduire les conflits d'intérêts au minimum.

[2]Seraient incluses, par exemple, les activités économiques menées à des fins caritatives.

10. Des exceptions à la règle consistant à appliquer une loi générale sur l'insolvabilité à de telles entreprises sont parfois nécessaires lorsque l'État a décidé de garantir formellement les engagements de ces entreprises, lorsque le traitement des entreprises publiques s'inscrit dans le cadre d'un changement de politique macroéconomique, par exemple un vaste programme de privatisation, ou lorsque les entreprises publiques interviennent dans des secteurs sensibles de l'économie, comme la fourniture de services essentiels ou d'utilité publique (tels que l'eau et l'électricité). Dans ces cas, une législation indépendante régissant les questions pertinentes, y compris l'insolvabilité, peut se justifier. Le *Guide* n'aborde pas les questions se rapportant spécifiquement à ce type de législation.

c) Débiteurs exigeant un traitement particulier

11. Bien qu'il puisse être souhaitable d'étendre la protection et la discipline d'une loi sur l'insolvabilité au plus grand nombre possible de débiteurs, un traitement distinct peut être accordé à certains d'entre eux qui ont un caractère spécialisé, comme les banques et les compagnies d'assurance, les entreprises fournissant des services essentiels et les sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en produits de base. Ces catégories de débiteurs font très fréquemment l'objet, dans les lois sur l'insolvabilité, d'exceptions qui se justifient généralement par la réglementation détaillée à laquelle ces entreprises sont souvent soumises en dehors du contexte de l'insolvabilité. Pour traiter l'insolvabilité de ces débiteurs, des dispositions particulières peuvent être prévues dans la réglementation dont ils font l'objet, ou des règles spéciales être incluses dans la loi générale sur l'insolvabilité. Le *Guide législatif* n'examine pas expressément les considérations associées à l'insolvabilité de ces débiteurs ni à celle des consommateurs.

2. Compétence

12. Le débiteur doit, outre exercer une activité commerciale ou économique, avoir un lien suffisant avec l'État pour être soumis à sa loi sur l'insolvabilité. La plupart du temps, le problème de l'applicabilité de celle-ci ne se posera pas, car le débiteur sera un national ou un résident de l'État et y exercera son activité économique par l'intermédiaire d'une structure juridique immatriculée ou incorporée sur son territoire. Mais, lorsque le lien entre le débiteur et l'État doit être établi, les lois sur l'insolvabilité prévoient différents critères, dont la présence, sur le territoire, du centre des intérêts principaux, d'un établissement ou d'actifs du débiteur.

a) Centre des intérêts principaux

13. Bien que certaines lois sur l'insolvabilité appliquent des critères tels que l'établissement principal, la CNUDCI a adopté, dans sa Loi type sur

l'insolvabilité internationale, celui de "centre des intérêts principaux" du débiteur pour déterminer où doit être ouverte la "procédure principale" pour ce débiteur. Ce critère est aussi employé dans le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. La Loi type de la CNUDCI ne définit pas le terme; le Règlement de la CE (13e considérant) indique qu'il devrait correspondre au "lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Un critère approprié serait celui qui est retenu au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type et à l'article 3 du Règlement, à savoir que, sauf preuve contraire, le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux. Un débiteur ayant le centre de ses intérêts principaux dans un État devrait être soumis à la loi sur l'insolvabilité de cet État.

14. Nonobstant l'adoption du critère du "centre des intérêts principaux", il peut arriver qu'un débiteur ayant des actifs dans plus d'un État satisfasse aux conditions requises pour être soumis à la loi sur l'insolvabilité de plusieurs États, en raison des différents critères d'admissibilité ou des différentes interprétations du même critère, d'où la possibilité de procédures d'insolvabilité dans chacun de ces États. Il serait alors indiqué d'avoir une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI pour régler les questions de coordination et de coopération. Pour ce qui est de l'application des différents critères, la Loi type met l'accent sur la primauté du centre des intérêts principaux et de la procédure principale, mais admet que d'autres critères, tels que la présence d'actifs, peuvent être retenus pour ouvrir une procédure interne "non principale" afin de traiter les actifs locaux une fois reconnue la procédure étrangère principale[3].

b) Établissement

15. Certaines lois disposent qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. Le terme "établissement" est défini à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI comme désignant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services". L'article 2 du Règlement de la CE contient une définition similaire, qui ne fait toutefois pas référence aux "services". En substance donc, un établissement est un lieu où s'exerce une activité sans être nécessairement le centre des intérêts principaux. Cette définition, tout comme celle du "centre des intérêts principaux", est importante pour la structure générale de la Loi type de la CNUDCI et pour le traitement des cas d'insolvabilité internationale car elle sert de critère pour la reconnaissance des procédures étrangères et l'application des mesures disponibles. Dans de nombreux pays, les dirigeants d'un établissement insolvable seront personnellement responsables envers les créanciers à moins qu'ils n'engagent une procédure d'insolvabilité. L'établissement est donc un

[3]Loi type de la CNUDCI, art. 28 (voir annexe III).

critère nécessaire pour un régime d'insolvabilité national et le traitement des actifs de ce débiteur dans un État particulier.

16. Le Règlement de la CE dispose également qu'une procédure d'insolvabilité (dite "procédure secondaire") peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. En règle générale, cette procédure se limitera à la liquidation des actifs du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État. Selon la nature de l'activité du débiteur et les actifs concernés, l'établissement pourrait, dans un nombre limité de cas, servir de critère pour l'ouverture d'une procédure de redressement.

c) Présence d'actifs

17. Certaines lois disposent qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur qui a ou a eu des actifs sur le territoire d'un État sans exiger que ce débiteur y ait un établissement ou le centre de ses intérêts principaux. La Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas la reconnaissance des procédures étrangères ouvertes dans ce cas, mais elle prévoit l'ouverture d'une procédure locale fondée sur la présence d'actifs dans un État reconnaissant la procédure étrangère principale pour les actifs en question[4].

18. On peut sans doute faire une distinction entre une procédure de liquidation et une procédure de redressement ouverte dans un État où le débiteur a des actifs; si la présence d'actifs peut être un motif approprié pour ouvrir une procédure de liquidation de certains actifs situés dans un État, elle n'est peut-être pas suffisante pour justifier l'ouverture d'une procédure de redressement, en particulier lorsque la procédure entamée dans le centre des intérêts principaux vise la liquidation ou que les actifs en question sont limités. Bien qu'un pays puisse effectivement prévoir que la présence d'actifs est un motif suffisant pour ouvrir une procédure de redressement (applicable aux actifs du débiteur où qu'ils se trouvent), cette option n'est pas souvent disponible. Si une procédure est ouverte contre un débiteur multinational en raison de la présence d'actifs, une coordination sera généralement nécessaire avec d'autres États où le débiteur aura le centre de ses intérêts principaux et, éventuellement, des établissements. En tant que critère, la présence d'actifs risque par conséquent de poser des problèmes de conflit de juridictions, notamment l'éventualité de procédures multiples, et des questions de coordination entre ces procédures et de coopération entre les États, qui sont traités dans la Loi type de la CNUDCI.

d) Tribunaux compétents

19. Une question supplémentaire, en ce qui concerne la compétence, est de savoir quel tribunal est compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité et

---

[4]Loi type de la CNUDCI, art. 28, et Guide pour son incorporation, par. 184 à 187 (voir annexe III).

régler les questions qui surgissent dans le cours de cette procédure. Il se peut que le même tribunal d'un État donné soit compétent pour ces deux aspects ou que des tribunaux différents soient compétents pour différentes questions. Pour accroître la transparence et faciliter le recours à la loi sur l'insolvabilité dans l'intérêt des débiteurs, des créanciers et des tiers (en particulier lorsqu'ils sont d'un pays étranger), il faudrait indiquer clairement dans la loi quels tribunaux sont compétents pour quelles fonctions. Si la loi sur l'insolvabilité ne comporte peut-être pas toujours de dispositions précisant quels tribunaux sont compétents pour les procédures d'insolvabilité, il pourrait être utile d'y faire figurer une référence aux dispositions d'autres lois spécifiant la compétence des tribunaux.

Recommandations 8 à 13

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant l'admissibilité et la compétence est de déterminer:

a) Les catégories de débiteurs qui sont soumis à la loi sur l'insolvabilité;

b) Les catégories de débiteurs qui peuvent être exclus de la loi sur l'insolvabilité;

c) Les débiteurs qui ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à la loi sur l'insolvabilité; et

d) Les tribunaux qui sont compétents pour ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Admissibilité (par. 1 à 11)

8. La loi sur l'insolvabilité devrait régir les procédures d'insolvabilité contre tous les débiteurs, personnes physiques ou morales, y compris les entreprises publiques[5], qui exercent des activités économiques, avec ou sans but lucratif.

9. Les exclusions du champ d'application de la loi sur l'insolvabilité devraient être limitées et clairement indiquées dans cette dernière[6].

Compétence (par. 12 à 18)

10. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier quels débiteurs ont un lien suffisant avec l'État pour être soumis à ses dispositions. Différentes approches peuvent être adoptées pour déterminer les facteurs de rattachement à appliquer,

[5]Le *Guide* n'est pas censé s'appliquer à l'insolvabilité des États, des collectivités territoriales, des communes et autres entités analogues, sauf si ceux-ci sont des "entreprises publiques".

[6]Des organisations étroitement réglementées, comme les banques et les compagnies d'assurance, nécessiteront peut-être un traitement particulier qui pourrait être prévu dans un régime de l'insolvabilité distinct ou dans des dispositions spéciales insérées dans la loi générale sur l'insolvabilité. Certaines entreprises publiques, comme celles qui opèrent dans des secteurs sensibles de l'économie, pourraient également être exclues.

mais les motifs pour lesquels un débiteur peut être soumis à la loi sur l'insolvabilité devraient être notamment les suivants[7]:

a) Le centre de ses intérêts principaux est situé dans cet État; ou

b) Il a un établissement dans cet État.

11. La loi sur l'insolvabilité devrait présumer que, sauf preuve contraire, le centre des intérêts principaux est situé, s'agissant d'une personne morale, dans l'État où celle-ci a son siège statutaire, et, s'agissant d'une personne physique, dans l'État où celle-ci a sa résidence habituelle.

12. La loi sur l'insolvabilité devrait définir le terme "établissement" comme désignant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services[8].

Tribunaux compétents (par. 19)

13. La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement (ou inclure une référence à la loi applicable qui détermine) quel tribunal est compétent pour ouvrir et conduire la procédure d'insolvabilité, y compris pour connaître des questions se posant pendant son déroulement.

B. Ouverture de la procédure

1. Introduction

20. Le critère d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité tient une place centrale dans l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité. Constituant la base sur laquelle une procédure d'insolvabilité peut être ouverte, il permet de déterminer à quels débiteurs peuvent s'appliquer les mécanismes de protection et de discipline de la loi et qui – débiteur, créanciers ou autres parties – peut former une demande d'ouverture.

21. En principe, il est souhaitable que le critère d'ouverture soit transparent et certain, qu'il rende l'accès à la procédure d'insolvabilité commode, économique et rapide pour inciter les entreprises en difficulté financière ou insolvables à l'engager volontairement. Il est également souhaitable d'assurer une certaine souplesse en proposant différents types de procédures (redressement et liquidation), en facilitant l'accès à la procédure la plus adaptée à un débiteur particulier et en permettant la conversion entre les différentes procédures. Un accès restrictif peut décourager tant les débiteurs que les créanciers, tandis qu'un retard peut avoir un effet préjudiciable sur la valeur des actifs et les

[7]La présente recommandation indique les motifs minimums et non exclusifs de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. D'autres motifs, tels que la présence d'actifs, sont utilisés dans certains pays, mais ne sont pas recommandés: voir plus haut, par. 17 et 18, et Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI (annexe III), par. 184 à 187.

[8]Loi type de la CNUDCI, art. 2 *f)* (voir annexe III).

chances de succès de la procédure d'insolvabilité, en particulier dans les cas de redressement. La facilité d'accès doit être contrebalancée par des mesures appropriées visant à prévenir tout abus de la procédure. Comme exemples d'abus, on peut citer les demandes présentées par des débiteurs qui n'ont pas de difficultés financières mais cherchent à tirer parti des mesures de protection prévues par la loi sur l'insolvabilité, telles que l'arrêt automatique des poursuites, à retarder le remboursement de ses créanciers ou à y échapper, et les demandes présentées par des créanciers concurrents du débiteur, dans le but de déstabiliser l'entreprise de ce dernier et d'obtenir ainsi un avantage compétitif[9].

22. Le critère spécifique à remplir pour qu'une procédure d'insolvabilité puisse être ouverte diffère selon les lois. Un certain nombre d'entre elles en prévoient plusieurs et font une distinction entre liquidation et redressement, de même qu'entre les demandes présentées par un débiteur et celles présentées par un ou plusieurs créanciers.

2. Critères d'ouverture

a) Critère de la liquidité, du flux de trésorerie ou de la cessation générale des paiements

23. Un critère fréquemment retenu pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est le critère de la liquidité, du flux de trésorerie ou de la cessation générale des paiements, qui suppose que le débiteur ne paie plus ses créanciers et qu'il n'aura pas suffisamment de trésorerie pour honorer ses obligations à leur échéance dans le cours normal de ses affaires. Les indicateurs de la cessation générale des paiements peuvent être notamment le fait que le débiteur ne paie pas son loyer, ses taxes, les salaires, les charges sociales, ses fournisseurs et d'autres dépenses essentielles de l'entreprise. En tant que tel, ce critère met les facteurs déterminants à la portée des créanciers. Il vise à déclencher la procédure d'insolvabilité à un stade suffisamment précoce des difficultés financières du débiteur pour limiter autant que possible la dispersion de ses actifs et éviter une course aux actifs entre les créanciers qui provoquerait le démembrement de son entreprise au détriment de l'ensemble des créanciers. Le fait d'autoriser l'ouverture de la procédure seulement lorsque le débiteur peut apporter la preuve d'une insolvabilité sur la base du bilan (celui-ci faisant apparaître un passif supérieur à l'actif – voir ci-dessous), ne fera que retarder l'inévitable et diminuer les sommes recouvrées.

24. Une question à se poser à propos du critère de la cessation générale des paiements est de savoir si l'incapacité de payer des dettes à leur échéance ne tient pas simplement à un problème passager de trésorerie ou de liquidités dans

[9]Ce point est examiné plus avant dans le contexte du rejet de la demande d'ouverture et l'abandon de la procédure, voir plus loin par. 61 à 63 et 79.

une entreprise par ailleurs viable. Sur les marchés actuels, la concurrence peut contraindre les acteurs économiques à accepter temporairement des bénéfices toujours plus bas, voire des pertes, pour devenir compétitifs et conserver ou gagner des parts de marché. Il faudra examiner les faits dans chaque cas, mais il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité donne des orientations au tribunal pour l'aider à déterminer si le critère d'ouverture a ou non été rempli, de manière à éviter un constat prématuré d'insolvabilité.

b) Critère du bilan

25. Un autre critère est celui du bilan, un excédent du passif sur l'actif étant le signe de difficultés financières. Mais ce critère a un inconvénient pratique: comme il repose sur des informations détenues par le débiteur, les autres parties peuvent rarement établir la situation financière réelle de ce dernier avant que ces difficultés ne soient devenues bien réelles et souvent insurmontables. Aussi les créanciers ne peuvent-ils pas y recourir aisément pour former leur demande. En outre, ce critère peut donner une idée inexacte de la situation financière du débiteur, car il met l'accent sur un aspect essentiellement comptable de la manière dont les actifs devraient être évalués (par exemple valeur de liquidation par opposition à valeur d'exploitation). Il conduit aussi à se demander si le bilan du débiteur est fiable et s'il donne une indication exacte de l'aptitude de ce dernier à payer, en particulier lorsque les normes comptables et les techniques d'évaluation aboutissent à des résultats qui ne reflètent pas la juste valeur marchande[10] des actifs du débiteur ou lorsque les marchés ne sont pas suffisamment développés ou stables pour établir cette valeur – le même problème pouvant se poser en particulier avec les entreprises de service qui, selon ce critère, peuvent paraître techniquement insolvables en raison d'une insuffisance d'actifs, même si en fait elles sont viables. Inversement, une entreprise peut avoir un bilan positif sans disposer du flux de trésorerie nécessaire pour son exploitation.

26. Ce critère peut également entraîner des retards et des difficultés en matière de preuve, car il exigerait généralement qu'un expert examine les livres, pièces comptables et données financières[11] pour déterminer la juste valeur marchande

---

[10]La juste valeur marchande désigne généralement la valeur que l'on peut raisonnablement espérer obtenir d'une vente aux conditions du marché, dans laquelle le vendeur n'est pas contraint de vendre ni l'acheteur d'acheter. En l'absence de vente effective, la valeur sera quelque peu approximative car établie à partir de suppositions concernant les conditions de vente des actifs en question. Pour réduire les approximations, on a mis au point des techniques permettant de déterminer cette valeur par référence à la vente d'entreprises et d'actifs comparables ou à partir d'un multiple de la capacité bénéficiaire de l'entreprise. Lorsque les actifs ne peuvent être facilement vendus, faute de marché ou en raison de la saturation du marché existant, cette valeur est difficile à déterminer.

[11]La valeur comptable d'un actif est le montant qui lui est attribué à des fins comptables. Elle est généralement calculée à partir de la valeur initiale d'acquisition ajustée en fonction de différents facteurs (dépréciation, amortissement et réévaluation à la baisse pour tenir compte du prix actuel du marché ou, éventuellement, à la hausse conformément aux principes comptables). Bien que des règles internationales en matière d'information financière aient été élaborées par

de l'entreprise, ce qui sera particulièrement difficile lorsque la comptabilité n'est pas correctement tenue ou facilement accessible. Le critère du bilan conduit donc souvent à ouvrir une procédure une fois qu'un redressement n'est plus possible et peut priver le débiteur de la possibilité qu'il aurait de désintéresser collectivement ses créanciers s'il poursuivait son activité, ce qui peut compromettre l'objectif de maximisation de la valeur. Par conséquent, il ne sera peut-être pas suffisamment fiable pour définir à lui seul l'insolvabilité et il sera sans doute souhaitable de l'appliquer en même temps que le critère de la cessation des paiements. Dans ce cas, il peut aider à définir l'insolvabilité en mettant l'accent sur le point de savoir si les actifs, quelle que soit la manière dont ils sont évalués, seront suffisants pour honorer les engagements du débiteur, y compris les obligations qui ne sont pas encore venues à échéance.

c) Définition du critère d'ouverture

27. Les lois sur l'insolvabilité combinent de différentes manières le critère de la cessation générale des paiements et le critère du bilan pour établir un critère d'ouverture. Certaines appliquent le critère de la cessation générale des paiements pur et simple, à savoir que le débiteur doit être incapable d'honorer ses obligations à leur échéance. D'autres y ajoutent des exigences supplémentaires: par exemple, que la cessation des paiements traduise des difficultés financières durables, que la solvabilité du débiteur soit menacée et qu'il soit juste et équitable de liquider son entreprise. Plus les éléments ajoutés au critère d'ouverture sont nombreux, plus il sera difficile d'y satisfaire, en particulier lorsqu'il s'agit d'éléments subjectifs. Le risque est que des demandes d'ouverture soient contestées, ce qui entraînera des retards, des incertitudes et des dépenses. De leur côté, les critères qui sont relativement simples et directs peuvent avoir tendance à englober plus de cas, ce qui peut cependant être compensé par le fait qu'ils sont plus faciles à appliquer.

28. Une autre approche consiste à combiner le critère de la cessation des paiements et le critère du bilan. Une loi, par exemple, exige non seulement que le débiteur ait cessé de payer, mais aussi qu'il soit surendetté, le surendettement étant déterminé, par exemple, par son incapacité à rembourser ses dettes à leur échéance du fait que son passif est supérieur à son actif. Une approche combinant les deux critères peut faciliter l'ouverture lorsque les informations sur l'existence d'une défaillance générale font défaut et donner un tableau plus complet de la situation financière actuelle et future du débiteur. Par exemple, le critère du bilan peut faciliter la prise en considération des dettes non échues,

---

l'International Accounting Standards Board, il est important de noter qu'il n'y a pas de lignes directrices comptables universellement acceptées indiquant sur quelle base les actifs devraient être évalués à des fins comptables. En outre, il se peut que la valeur comptable des actifs aux fins de la comptabilité de gestion diffère de la valeur figurant dans les états financiers vérifiés de fin d'exercice. Autrement dit, la valeur comptable des actifs peut n'avoir que peu de rapport ou être sans rapport avec la valeur pour laquelle ils pourraient être réalisés pour satisfaire les créanciers.

que le critère de la cessation des paiements ne prendrait pas en compte, alors qu'elles jouent un rôle très important, par exemple, pour les chances de succès d'un redressement.

29. Une loi sur l'insolvabilité peut adopter un critère unique pour l'insolvabilité, auquel cas le critère de la cessation des paiements est un moyen efficace d'accéder à la procédure d'insolvabilité; le critère du bilan, ainsi qu'il a été noté plus haut, présente un certain nombre d'inconvénients et ne devrait pas être utilisé seul. Une loi sur l'insolvabilité peut aussi combiner ces deux critères. Dans ce cas, la procédure peut être ouverte si l'un ou l'autre des deux est rempli.

i) Insolvabilité imminente (pénurie prévisible de liquidités)

30. Certaines lois qui appliquent uniquement un critère de cessation des paiements prévoient également qu'un débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure en cas d'insolvabilité imminente ou d'impossibilité prévisible de paiement, s'il prévoit qu'il ne sera pas en mesure d'honorer ses obligations futures à leur échéance. Il peut s'agir, dans certains cas, d'une impossibilité dans un futur proche mais également, parfois, dans un avenir bien plus lointain, selon la nature de l'obligation à remplir. Cette impossibilité prévisible pourrait être établie à partir d'éléments concrets, comme le fait pour le débiteur d'avoir à rembourser sur le long terme une obligation dont il sait qu'il ne pourra pas en assurer le paiement ou d'être assigné dans une action collective en responsabilité civile tout en sachant qu'il n'aura pas gain de cause et qu'il sera dans l'incapacité de payer les dommages-intérêts demandés.

ii) Types de procédures pouvant être ouvertes

31. Un deuxième aspect du critère d'ouverture est le type de procédure susceptible d'être ouverte (voir généralement première partie, chap. II). Dans certaines lois, le critère d'ouverture retenu est le point de départ d'une procédure, soit de redressement, soit de liquidation. Lorsque la liquidation est demandée par un créancier, la loi sur l'insolvabilité peut autoriser le débiteur à demander qu'elle soit convertie en redressement. Dans d'autres lois privilégiant le redressement, ce type de procédure doit être obligatoirement ouvert mais peut être converti en liquidation si l'impossibilité de redresser l'entreprise du débiteur est démontrée. Dans d'autres lois encore, l'effet de la demande est neutre et le choix entre redressement et liquidation ne sera fait qu'après une période d'évaluation de la situation financière du débiteur.

3. Liquidation

a) Parties autorisées à présenter une demande

32. Les lois sur l'insolvabilité permettent généralement qu'une procédure de liquidation soit demandée par le débiteur, par un ou plusieurs créanciers, par une autorité publique, ou encore de plein droit lorsque l'inexécution par le débiteur d'une obligation légale (telle que le maintien d'un certain montant d'actif) déclenche automatiquement une telle procédure.

b) Demande présentée par le débiteur

33. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent un critère de cessation générale des paiements à la demande de liquidation formée par le débiteur. Du fait que, dans la pratique, un débiteur présentera généralement une demande en dernier recours en cas de difficultés financières graves, certaines lois autorisent celui-ci à former une demande soit en cas de cessation du remboursement de ses dettes à leur échéance soit sur simple déclaration de sa situation financière indiquant, par exemple, qu'il n'est pas en mesure ou n'a pas l'intention de rembourser ses dettes (dans le cas d'une personne morale, cette déclaration peut être faite par les administrateurs ou d'autres membres d'un organe directeur). Au moins une loi sur l'insolvabilité dispense le débiteur de présenter une déclaration de sa situation financière. Dans de pareils cas, quelle que soit la charge de la preuve incombant au débiteur, la loi sur l'insolvabilité devrait distinguer et prévoir, d'une part, les situations dans lesquelles l'acceptation de la déclaration de la situation financière du débiteur peut être présumée à condition que les créanciers ne soulèvent pas d'objections et, d'autre part, les situations dans lesquelles il faudrait interroger le débiteur sur sa situation financière parce que celle-ci suscite des doutes ou que les créanciers se sont opposés à l'ouverture de la procédure.

34. Dans une certaine mesure, ces questions peuvent être traitées pendant la phase précédant l'ouverture de la procédure. Lorsque le tribunal est tenu de prendre la décision d'ouverture, par exemple, il aura la possibilité d'examiner la demande et les créanciers pourront élever des objections à cette occasion. Lorsque la demande a pour effet d'entraîner l'ouverture automatique de la procédure, les créanciers et d'autres parties intéressées auront encore la possibilité d'élever des objections, mais après l'ouverture de la procédure (voir plus loin, par. 55 à 58 sur la décision d'ouvrir la procédure; par. 61 à 63 sur le rejet d'une demande; et par. 79 sur l'abandon de la procédure). Dans un cas comme dans l'autre, les tentatives d'abus de procédure peuvent faire l'objet de recours.

i) Imposition au débiteur de l'obligation de présenter une demande

35. Lorsque c'est le débiteur qui demande l'ouverture d'une procédure, la question se pose de savoir s'il doit ou non être tenu de le faire à un stade déterminé de ses difficultés financières. Il n'y a pas d'accord unanime sur ce point. Certaines lois sur l'insolvabilité ou sur la gouvernance d'entreprise comportent des dispositions obligeant le débiteur à présenter une demande dans un délai spécifié (allant de deux semaines à 60 jours) à compter du moment où il n'est plus en mesure de payer ses dettes à leur échéance ou après avoir constaté son surendettement à la lecture de son bilan. Certaines lois précisent comment établir la cessation des paiements – par exemple, sur la base de documents bancaires montrant qu'un pourcentage donné du montant total des dettes reste impayé depuis un certain temps (deux mois par exemple). L'imposition d'une telle obligation peut permettre, dans le cas d'une liquidation, de protéger les intérêts des créanciers en empêchant que les actifs du débiteur soient davantage dispersés et, dans le cas d'un redressement, d'accroître les chances de réussite en favorisant des mesures précoces. Elle peut être importante dans les pays qui ne peuvent compter sur un groupe actif de créanciers pour présenter une demande d'ouverture. L'expérience, dans certains pays, montre toutefois que l'imposition au débiteur de l'obligation de former une demande après un certain nombre de jours ou de semaines d'incapacité ou de cessation de paiement ne fait qu'inciter les débiteurs à former des demandes alors qu'ils ne sont pas vraiment insolvables (et donc qu'une liquidation ou un redressement ne sont pas véritablement nécessaires). Dans plusieurs pays, une telle contrainte a également alourdi la charge de travail des autorités chargées du traitement de l'insolvabilité alors qu'elles n'étaient peut-être pas suffisamment développées pour faire face à un nombre important de demandes à la suite de l'imposition de ce type d'obligation.

36. Cette obligation peut aussi soulever des questions pratiques difficiles à résoudre, notamment celle de savoir quand et comment elle doit s'appliquer, en particulier lorsqu'un retard dans le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure judiciaire pourrait engager la responsabilité personnelle de membres de l'entreprise débitrice, de ses administrateurs ou de ses dirigeants. Le débiteur risque alors d'être découragé de chercher d'autres solutions à ses difficultés financières, telles qu'un accord volontaire de restructuration, qui seraient peut-être plus appropriées dans certains cas[12]. En outre, une obligation de présenter une demande sera sans effet si elle n'est pas assortie de sanctions applicables (et appliquées) en cas d'inexécution. L'adoption de mesures incitatives (telles que l'arrêt des poursuites pour protéger le débiteur contre des actions en recouvrement et autres – voir généralement chap. II, par. 25 à 73) peut être un moyen plus efficace d'encourager les débiteurs à engager rapidement une

[12]Cette question est examinée plus avant dans le contexte des procédures de redressement accélérées et des critères d'ouverture qui leur sont applicables, voir deuxième partie, chap. IV, par. 76 à 90.

procédure que l'imposition de sanctions pour défaut d'exécution de l'obligation de présenter une demande.

c) Demande présentée par les créanciers

37. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent également un critère de cessation des paiements aux demandes de liquidation présentées par les créanciers, mais exigent souvent aussi qu'une fraction importante de la dette ne soit pas contestée ni susceptible de compensation. Quelques-unes prévoient que la dette doit être établie par une décision judiciaire. L'application d'un critère de cessation générale des paiements aux demandes d'ouverture formées par les créanciers risque de poser des problèmes en matière de preuve. Si chaque créancier est sans doute en mesure de montrer que le débiteur n'a pas payé une ou plusieurs de ses créances, il ne sera peut-être pas aussi facile d'apporter la preuve d'une cessation générale des paiements. Pratiquement, il faut que les créanciers soient en mesure d'apporter une preuve, par exemple sous forme de présomption, établissant l'insolvabilité d'un débiteur, sans que la charge de la preuve ne soit trop lourde pour eux. Une présomption d'incapacité générale de paiement pourrait être établie lorsque, par exemple, le débiteur ne rembourse pas une ou plusieurs de ses dettes échues et que la dette non payée n'est pas contestée, c'est-à-dire qu'elle ne fait pas l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit une telle présomption, elle doit aussi donner au débiteur la possibilité de réfuter celle-ci et préciser les motifs de réfutation. Le débiteur peut montrer par exemple qu'il était en mesure de payer ses dettes; que la dette faisait l'objet d'une contestation légitime; ou encore nier tout autre élément sur la base duquel un créancier a établi la présomption. La notification au débiteur d'une demande d'ouverture présentée par le créancier lui donnera la possibilité de contester les allégations de ce créancier quant à sa situation financière (voir aussi plus bas, par. 64 à 68 sur la notification).

38. Un critère raisonnablement commode et objectif, qui permettrait de préciser celui de cessation générale des paiements pour établir des exigences minimales en matière de preuve auxquelles les créanciers pourraient satisfaire, serait peut-être le défaut de paiement par un débiteur d'une créance échue dans un délai spécifié après présentation d'une demande écrite de paiement ou après échéance de ladite créance. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions dans ce sens, le délai spécifié allant, dans les cas où une demande formelle est exigée, de 8 jours à 24 semaines. Certaines prévoient aussi que la demande ne peut être déposée qu'à l'expiration d'un délai donné – par exemple trois mois – après l'engagement d'une action en recouvrement infructueuse. Lorsque des délais doivent être spécifiés dans la loi, il peut être souhaitable, pour satisfaire aux objectifs clefs de rapidité d'accès à la procédure d'insolvabilité et de préservation de la valeur, que ceux-ci soient relativement courts.

39. Les créanciers détenant des créances non échues ont eux aussi un intérêt légitime dans l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Un problème particulier peut toutefois se poser dans leur cas, par exemple lorsqu'ils ont des créances à long terme. En effet, si le critère d'ouverture retenu est l'échéance de la dette, ils ne seront peut-être jamais admis à demander l'ouverture d'une telle procédure, même s'il est évident que le débiteur ne pourra pas s'acquitter de l'obligation concernée à l'approche de l'échéance. Une solution pourrait être de prévoir dans la loi sur l'insolvabilité que le non-remboursement d'une échéance, dans le cas d'une créance à long terme payable par versements échelonnés, pourrait justifier une demande d'ouverture de la part d'un créancier. Néanmoins, l'établissement d'un critère qui permettrait de présenter une demande dans de telles circonstances peut poser de difficiles problèmes de preuve, en particulier pour établir un lien entre le non-paiement d'une seule échéance et la situation financière globale du débiteur. Si une loi sur l'insolvabilité devait autoriser les créanciers détenant des créances non échues à demander l'ouverture d'une procédure, il faudrait trouver un compromis entre ces problèmes de preuve et la nécessité d'assurer un accès commode, économique et rapide à la procédure d'insolvabilité. Pour s'attaquer à ces problèmes, on pourrait appliquer un critère combinant ceux de la cessation des paiements et du bilan.

40. Outre la cessation des paiements, l'échéance de la dette et l'absence de contestation, certaines lois sur l'insolvabilité exigent aussi, par exemple, que la demande soit présentée par plusieurs créanciers (voire parfois par des créanciers chirographaires détenant des créances non contestées) et que ces derniers à la fois détiennent des créances échues et représentent un certain montant de créances (ou qu'il y ait à la fois un nombre ou un pourcentage spécifié de créanciers et un montant déterminé de créances).

41. Ces exigences sont souvent motivées par le souci de réduire le plus possible le risque d'abus de la part d'un créancier unique qui chercherait à utiliser la procédure d'insolvabilité en guise de mécanisme de recouvrement de créances, en particulier lorsque les montants en jeu sont peu élevés, ou de la part d'un petit nombre de créanciers dont les créances ne représentent qu'une fraction de la dette totale du débiteur. Mais il faudra peut-être concilier ce souci avec la nécessité d'assurer un accès rapide et commode à la procédure. Pour répondre aux préoccupations concernant le risque d'abus, on pourrait tenir compte du montant de la créance du créancier unique (bien que le fait de spécifier un montant particulier de créances ne soit peut-être pas toujours une technique de rédaction optimale, les variations du cours des monnaies pouvant rendre nécessaire une modification de la loi) ou exiger que le débiteur fournisse au tribunal des informations permettant à ce dernier d'établir si le défaut de paiement résulte d'un litige avec un créancier particulier ou est la preuve d'une pénurie de liquidités. On pourrait aussi mettre l'accent sur des mesures visant à décourager l'abus au lieu d'élaborer un critère complexe d'ouverture qui pourrait jouer contre tous les créanciers habilités à présenter une demande, et

prévoir certaines conséquences, comme le rejet de la demande et le versement de dommages-intérêts pour le préjudice causé au débiteur – non seulement pour les frais et dépenses supportés par celui-ci, mais également pour la désorganisation de ses activités.

d) Demande présentée par une autorité publique

42. Lorsque l'État est un des créanciers, il devrait avoir le même droit que n'importe quel autre créancier d'engager une procédure de liquidation. Ce droit est généralement accordé à un service ou organe public particulier (normalement le ministère public ou l'équivalent) ou à une autre autorité de contrôle, le même critère d'ouverture que dans le cas de demandes présentées par d'autres créanciers devant généralement s'appliquer.

43. Certains pays octroient aux autorités publiques ou autres autorités de contrôle un pouvoir supplémentaire plus large d'utiliser le régime de l'insolvabilité pour faire fermer une entreprise dans des cas où ces autorités ne sont pas nécessairement des créanciers mais où la fermeture de l'entreprise est jugée d'intérêt général. En l'occurrence, la preuve de la pénurie de liquidités n'est pas toujours nécessaire, ce qui permet à l'État de mettre fin à l'activité d'entreprises qui se sont livrées à certaines opérations, généralement de nature frauduleuse ou délictueuse ou violant gravement des obligations réglementaires ou encore présentant toutes ces caractéristiques à la fois. Étant donné le risque d'abus d'un tel pouvoir dans des circonstances sans rapport avec l'insolvabilité et d'une définition très large des motifs d'intérêt général, il est éminemment souhaitable que celui-ci ne puisse être exercé que dans des cas très limités et uniquement en dernier ressort, lorsque aucune mesure appropriée n'est prévue dans d'autres lois. Ce pouvoir pourrait être utilisé par exemple concurremment avec l'application de lois concernant le blanchiment d'argent ou la réglementation des valeurs mobilières, lorsque l'insolvabilité n'a pas à être prouvée. Il pourrait aussi être exercé lorsqu'il existe des indices réels d'insolvabilité et que, par exemple, l'autorité agit dans l'intérêt d'un grand nombre de petits créanciers, dont aucun n'a une créance suffisamment importante pour justifier une demande de procédure, mais qui sont néanmoins lésés par les activités du débiteur.

44. Certaines mesures de protection peuvent également être exigées lorsque le régime de l'insolvabilité doit être utilisé ainsi. Par exemple, un examen préliminaire des affaires du débiteur pourrait être exigé et des mesures préliminaires, telles que l'arrêt des poursuites et la nomination d'un représentant provisoire de l'insolvabilité, être accordées pour empêcher la possibilité d'abus en attendant que le tribunal décide des mesures supplémentaires devant être prises à l'égard de l'entreprise. En règle générale, les pouvoirs supplémentaires dont il est question ci-dessus ne pourraient être exercés que pour engager une procédure de liquidation, bien que, dans des cas exceptionnels, cette dernière puisse être convertie en procédure de

redressement, sous certaines conditions, par exemple que l'activité commerciale soit licite et que la gestion de l'entreprise du débiteur soit reprise par un représentant de l'insolvabilité ou un organisme public.

4. Redressement

a) Parties autorisées à présenter une demande

45. Dans une plus large mesure que pour les demandes d'ouverture d'une procédure de liquidation, les lois sur l'insolvabilité adoptent des approches différentes quant aux parties pouvant demander l'ouverture d'une procédure de redressement. Si certaines d'entre elles autorisent à la fois le débiteur et les créanciers, nombre d'entre elles autorisent uniquement le débiteur à former une telle demande.

b) Demande présentée par le débiteur

46. L'un des objectifs de la procédure de redressement est de créer un cadre qui encourage les débiteurs à s'attaquer à leurs difficultés financières à un stade précoce de façon à permettre à l'entreprise de poursuivre son activité dans l'intérêt du débiteur aussi bien que des créanciers. Dans cette optique, il faudrait peut-être établir un critère d'ouverture qui soit plus souple que celui qui s'applique à la liquidation et qui n'oblige pas le débiteur à attendre d'être en cessation générale des paiements pour présenter une demande, mais l'autorise à le faire lorsque sa situation financière est telle qu'il deviendra insolvable si rien n'est fait pour y remédier. Les lois sur l'insolvabilité traitent diversement les demandes de redressement présentées par les débiteurs. Certaines ne subordonnent pas l'ouverture de la procédure à un critère de fond: le débiteur peut présenter une demande quand il le souhaite, à condition seulement de déposer une simple requête auprès du tribunal compétent. D'autres, y compris celles qui adoptent une approche unitaire (voir première partie, chap. I, par. 21 à 25), disposent que le débiteur peut former une demande s'il estime qu'il ne sera pas en mesure, dans l'avenir, de payer ses dettes à leur échéance (insolvabilité imminente ou pénurie prévisible de liquidités). Un certain nombre de lois sur le redressement exigent également la preuve que le débiteur a des chances réelles ou raisonnables de survie ou que son entreprise est économiquement viable.

47. On pourrait penser que l'assouplissement du critère d'ouverture risque d'inciter les débiteurs à abuser de la procédure d'insolvabilité. Par exemple, un débiteur qui n'est pas en difficulté financière pourrait engager une procédure et présenter un plan de redressement dans le but de s'affranchir d'obligations trop lourdes, telles que celles découlant de contrats de travail, de renégocier sa dette ou encore de temporiser et de priver les créanciers du paiement rapide de l'intégralité de leurs créances. Il faudrait distinguer cette situation de celles dans lesquelles le débiteur devrait être encouragé à présenter une demande parce que,

par exemple, le paiement de dettes échues a entraîné des difficultés financières risquant de conduire à l'insolvabilité par la suite (voir plus haut, par. 30 sur l'insolvabilité imminente), même s'il n'était pas en fait insolvable au moment de la présentation de la demande. En d'autres termes, la demande est justifiée pour des raisons financières. Le risque de tels abus dépend de la manière dont sont conçus les éléments de la procédure de redressement, comme le critère d'ouverture, les modalités requises pour l'élaboration du plan de redressement, le contrôle que le débiteur exerce sur son entreprise une fois la procédure ouverte et les sanctions prévues en cas d'abus de procédure. Comme il a été indiqué plus haut, il peut être souhaitable que la loi sur l'insolvabilité s'attache à décourager l'abus au lieu de rendre l'ouverture plus difficile au risque de porter préjudice à tous ceux qui sont habilités à présenter une demande. Pour se prémunir contre le risque d'abus de la part du débiteur, on pourrait par exemple prévoir des dispositions autorisant le tribunal compétent à rejeter la demande et rendant, dans ce cas, le débiteur responsable envers les créanciers des frais liés à la contestation de la demande et de tout préjudice causé par cette dernière.

c) Demande présentée par les créanciers

48. Si, dans l'ensemble, les lois sur l'insolvabilité prévoient qu'une procédure de liquidation peut être engagée par un créancier ou par un débiteur, il n'y a pas de consensus en ce qui concerne la possibilité pour un créancier de demander l'ouverture d'une procédure de redressement. Comme cela est indiqué plus haut, un certain nombre de lois n'accordent cette possibilité qu'au débiteur. Étant donné qu'une telle procédure a notamment pour objectif d'accroître la valeur des actifs et, ce faisant, les sommes recouvrées par les créanciers grâce à la poursuite de l'activité et au redressement de l'entreprise du débiteur, il est très souhaitable de ne pas donner au seul débiteur le pouvoir de l'engager. Une autre raison d'autoriser les créanciers à faire une demande est qu'il y aura des cas dans lesquels le débiteur ne présentera pas de demande d'ouverture ou ne pourra pas le faire parce que, par exemple, la direction aura démissionné. La possibilité pour les créanciers de prendre l'initiative est également étroitement liée à la question de savoir s'ils peuvent proposer un plan de redressement (voir chap. IV, par. 8 à 14) et peut conditionner dans une large mesure leur approbation de tout plan proposé. Un certain nombre de pays considèrent que, les créanciers étant souvent les premiers bénéficiaires d'un redressement mené avec succès, ils devraient avoir la possibilité de proposer un tel plan. Si l'on suit ce raisonnement, il semble raisonnable d'autoriser les créanciers à présenter eux aussi une demande d'ouverture d'une procédure de redressement.

49. Les lois sur l'insolvabilité qui autorisent les créanciers à demander le redressement d'une entreprise débitrice utilisent différents critères d'ouverture. Ainsi, certaines appliquent le même critère, y compris la pénurie prévisible de liquidités, que pour les demandes de redressement émanant des débiteurs. Selon une autre approche, l'adoption du même critère, en particulier celui de pénurie prévisible de liquidités, est difficile à justifier, car non seulement les créanciers

auront du mal à prouver que le débiteur y satisfait, mais il semblerait également déraisonnable, d'une manière générale, d'ouvrir une quelconque forme de procédure d'insolvabilité contre la volonté du débiteur, à moins que les créanciers ne puissent démontrer que leurs droits ont déjà été lésés.

50. Pour régler les questions liées à l'ouverture d'une procédure de redressement à la demande des créanciers, certaines lois adoptent un critère d'ouverture exigeant que les créanciers apportent la preuve de certains éléments en plus de l'insolvabilité du débiteur. Par exemple, ils doivent montrer que des liquidités seront disponibles pour financer la gestion de l'entreprise au jour le jour, que la valeur des actifs sera suffisante pour son redressement et que le taux de recouvrement des créances sera probablement plus élevé que dans le cas d'une liquidation. Un inconvénient manifeste d'une solution de ce type est qu'elle oblige les créanciers à procéder, ou à être en mesure de procéder, à une évaluation approfondie de l'entreprise du débiteur avant de présenter leur demande. À cette fin, toutefois, les créanciers doivent être en mesure d'obtenir du débiteur les informations nécessaires à l'évaluation et suffisamment fiables pour faciliter cette dernière. Pour aider les créanciers, une loi sur l'insolvabilité peut prévoir, par exemple, que lorsqu'une demande est présentée par les créanciers, la situation financière du débiteur sera évaluée par une autorité indépendante. Une telle disposition peut garantir qu'une procédure ne sera ouverte que dans les cas appropriés. Il faudra peut-être néanmoins veiller à ce que ces exigences supplémentaires n'aient pas pour effet de compliquer la procédure de demande et, partant, de dissuader les créanciers de proposer un redressement, de promouvoir la liquidation comme solution plus facile ou encore de retarder l'ouverture de la procédure, ce qui compromettrait la maximisation de la valeur des actifs et les chances de succès du redressement. Il faudrait veiller également à ce qu'un concurrent du débiteur ne profite pas du contexte de l'insolvabilité pour obtenir des informations commercialement sensibles ou confidentielles ou désorganiser son entreprise en imposant des exigences injustifiables en ce qui concerne l'évaluation de sa position financière.

51. Certaines lois sur l'insolvabilité appliquent une variante du critère de la cessation des paiements et exigent que la demande soit introduite par un nombre spécifié de créanciers ou par des créanciers détenant un montant total spécifié de créances échues, ou les deux. D'autres exigent que les créanciers, lorsqu'ils présentent leur demande, versent une caution ou une somme pour couvrir les frais d'ouverture de la procédure[13]. On pourrait dire que ces exigences présentent les mêmes inconvénients que ceux indiqués plus haut pour l'obligation faite aux créanciers de montrer qu'il existe des moyens suffisants pour mener un redressement avec succès.

---

[13]Cette somme peut également servir à financer la rémunération du représentant de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III, par. 58, ainsi que les développements ci-après sur les droits à acquitter pour la procédure d'insolvabilité, par. 76 à 78).

52. La complexité ou la simplicité des critères d'ouverture est étroitement liée aux conséquences de l'ouverture et à la conduite de la procédure d'insolvabilité. Dans les lois sur l'insolvabilité qui appliquent automatiquement un arrêt des poursuites lors de l'ouverture, par exemple, l'aptitude de l'entreprise à poursuivre son activité et à être redressée avec succès peut être évaluée après l'ouverture (et, lorsque la loi le permet, la procédure peut être convertie en liquidation si le redressement est jugé inapproprié). Dans d'autres systèmes, cette évaluation peut être nécessaire avant le dépôt d'une demande, car le choix de la procédure de redressement présuppose qu'elle sera plus profitable aux créanciers que la liquidation.

53. Pour les raisons mentionnées dans les paragraphes ci-dessus, il serait peut-être indiqué d'appliquer le même critère d'ouverture aux demandes de liquidation et à celles de redressement présentées par les créanciers (à savoir, un critère de cessation générale des paiements). Ce critère semblerait convenir aussi bien dans les cas de dualité des procédures que de procédure unitaire (voir première partie, chap. I, par. 25), où l'application d'un critère différent ne dépend pas tant du type de procédure engagé que de l'auteur de la demande (débiteur ou créancier). Il y aurait exception dans les systèmes où le redressement est privilégié et où tant le débiteur que les créanciers ne seraient autorisés à engager une procédure de liquidation qu'une fois établie l'impossibilité du redressement. Dans ce cas, le critère d'ouverture de la procédure de liquidation ne serait pas une cessation générale des paiements, mais la constatation qu'un redressement ne peut être mené à bien.

5. Questions procédurales

a) Dépôt d'une demande d'ouverture

54. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la procédure à suivre pour déposer une demande d'ouverture. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que la demande soit déposée auprès d'un tribunal déterminé. Il existe toutefois d'autres approches. Par exemple, une loi exige que le débiteur engage la procédure en déposant une déclaration auprès de l'organisme de réglementation des entreprises. Les exigences procédurales soulèvent d'une manière plus générale la question de la participation du tribunal à la procédure d'insolvabilité, question qui est examinée dans la première partie (voir plus haut, chap. III, par. 1 à 18, sur le cadre institutionnel). Une loi autre que la loi sur l'insolvabilité peut aussi influer sur la manière dont la procédure d'insolvabilité est ouverte – par exemple le droit constitutionnel (notamment pour le rôle des tribunaux et des organes administratifs, ainsi que les questions de compétence), le droit procédural (notamment les règles de procédure et de pratique des tribunaux) ou le droit des sociétés.

b) Décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité

55. Une première question d'ordre procédural a trait aux modalités d'ouverture de la procédure d'insolvabilité une fois la demande déposée. Dans de nombreux États, c'est normalement à un tribunal compétent qu'il appartient de déterminer, au vu de la demande, si les conditions requises pour l'ouverture ont été remplies. Dans certains, cette décision peut également être prise par l'organe ou le tribunal administratif approprié, lorsque celui-ci joue un rôle central de supervision dans la procédure d'insolvabilité. La question fondamentale, cependant, n'est pas tant de savoir qui prend la décision que ce qu'il faut faire pour approuver une demande et pour que la procédure soit ouverte.

56. Des conditions d'ouverture conçues pour favoriser un accès précoce et facile à la procédure d'insolvabilité non seulement faciliteront l'examen de la demande par le tribunal ou un autre organe en simplifiant les choses et, le cas échéant, en l'aidant à prendre rapidement une décision, mais seront également de nature à réduire le coût de la procédure et à en accroître la transparence et la prévisibilité. De telles conditions sont également moins susceptibles de peser sur les systèmes qui n'ont peut-être pas les capacités institutionnelles ou les connaissances nécessaires pour entreprendre des enquêtes complexes exigeant une vaste expertise dans le domaine du commerce et des affaires. La question des coûts et des frais associés à l'accès à la procédure d'insolvabilité peut revêtir une importance particulière dans le cas des petites et moyennes entreprises. Un autre élément à noter en ce qui concerne la procédure d'ouverture est une tendance récente, dans plusieurs lois sur l'insolvabilité, à reconnaître au débiteur un droit fondamental d'être entendu par le tribunal ou l'organe qui se prononcera sur une demande d'ouverture, que cette demande soit présentée par un débiteur ou par les créanciers.

57. En ce qui concerne les conditions à remplir pour prononcer l'ouverture d'une procédure, plusieurs lois sur l'insolvabilité font une distinction entre demande présentée par un débiteur et demande présentée par un créancier. Dans certaines, une demande émanant d'un débiteur fait office de reconnaissance de l'insolvabilité et conduit à l'ouverture automatique de la procédure, à moins qu'il puisse être démontré que celui-ci abuse de la loi sur l'insolvabilité. En revanche, lorsque la demande émane d'un créancier, un tribunal est tenu d'examiner si les critères d'ouverture ont été respectés avant de rendre une décision d'ouverture, et ce principalement pour éviter les abus de la part des créanciers ou d'autres parties intéressées. Diverses possibilités s'offriraient au débiteur, à savoir accepter la demande, contester les allégations du demandeur quant à sa situation financière et demander l'ouverture d'une procédure différente (par exemple, lorsque le créancier a demandé la liquidation, demander l'ouverture d'une procédure de redressement). Le débiteur peut aussi exciper d'arguments relatifs à la compétence ou à la procédure pour contester la demande du créancier. Dans d'autres lois, le tribunal est tenu, que la demande

émane d'un débiteur ou des créanciers, non seulement de vérifier que les conditions d'ouverture sont remplies, mais aussi de déterminer si le type de procédure demandé est approprié en l'espèce.

58. Si l'évaluation à effectuer est complexe, il y a un risque, non seulement que la procédure tarde à être ouverte, mais aussi que de nouvelles dettes soient contractées entre-temps – du fait que le débiteur poursuit son activité et laisse les dettes commerciales s'accumuler pour préserver sa trésorerie – et que les actifs soient dissipés par les créanciers. Lorsque le tribunal est tenu d'évaluer diverses questions avant de pouvoir ouvrir la procédure, un moyen de réduire la complexité potentielle de cette tâche est, premièrement, de prévoir que l'évaluation se fera après l'ouverture, le tribunal pouvant alors bénéficier de l'assistance du représentant de l'insolvabilité et d'autres experts et, deuxièmement, de ménager la possibilité d'une conversion entre liquidation et redressement. En outre, une loi sur l'insolvabilité devra peut-être énoncer des règles claires concernant l'application de l'arrêt des poursuites (voir généralement chap. II, par. 25 à 73), l'ordre de remboursement des créances nées (voir chap. V, par. 66) et le droit du débiteur de disposer d'actifs entre le moment du dépôt de la demande et celui de l'ouverture de la procédure (voir chap. II, par. 16 et 70 à 73), ainsi que le traitement des opérations non autorisées effectuées pendant la période d'évaluation (voir chap. II, par. 147).

c) Fixation d'un délai pour la décision d'ouverture

59. Lorsqu'un tribunal est tenu de prendre une décision concernant l'ouverture, il est souhaitable qu'il le fasse rapidement pour assurer à la fois la sécurité et la prévisibilité du processus de décision et la conduite efficace de la procédure sans retard. Cet aspect sera particulièrement important dans le cas d'un redressement pour éviter que les actifs continuent de se déprécier et pour améliorer les chances de réussite de la procédure. Certaines lois sur l'insolvabilité fixent des délais précis à compter du dépôt d'une demande dans lesquels doit être prise la décision d'ouverture. Elles font souvent une distinction entre les demandes émanant du débiteur et celles formées par les créanciers, la décision concernant les premières ayant tendance à être prise plus rapidement. Des délais supplémentaires sont prévus pour les secondes afin que le débiteur puisse être avisé rapidement et ait la possibilité de répondre à la demande.

60. Bien que la fixation de délais puisse apporter sécurité et transparence tant au débiteur qu'aux créanciers, elle peut également comporter des inconvénients. Par exemple, il se peut qu'un délai imposé ne soit pas suffisamment souple pour prendre en considération les circonstances de l'espèce. Plus généralement, ce délai peut être fixé sans qu'il soit tenu compte des ressources dont dispose l'organe chargé de superviser la procédure d'insolvabilité ou de ses priorités locales (en particulier lorsque les affaires d'insolvabilité ne représentent qu'une partie de son travail). Il peut également s'avérer difficile de faire respecter le

délai par l'organe de décision et de prévoir des conséquences appropriées en cas de non-respect. Le délai entre le dépôt d'une demande et la décision d'ouverture devrait aussi tenir compte du type de procédure demandé, des formalités à remplir pour présenter la demande et des conséquences de l'ouverture dans un régime particulier. Par exemple, des délais différents devront être prévus d'un régime à l'autre selon que la notification des parties intéressées et la collecte d'informations doivent être effectuées ou non avant l'ouverture. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte une approche souple insistant sur les avantages d'une décision rapide et donnant des indications sur ce qui est raisonnable, tout en reconnaissant les contraintes et les priorités locales.

d) Rejet de la demande d'ouverture

61. Les paragraphes précédents mentionnent un certain nombre de cas – concernant à la fois des demandes émanant du débiteur et de créanciers – où il sera souhaitable, lorsque le tribunal est tenu de prendre la décision d'ouverture, qu'il ait le pouvoir de rejeter la demande d'ouverture, soit pour des questions d'abus de la loi sur l'insolvabilité, soit pour des raisons techniques liées au respect du critère d'ouverture. Les principaux motifs techniques de rejet pourraient être les suivants: le débiteur ne satisfait pas au critère d'ouverture; la dette fait l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal; la procédure sera inutile parce que, par exemple, le montant de la dette garantie est supérieur à la valeur des actifs; et le débiteur n'a pas suffisamment d'actifs pour payer l'administration de l'insolvabilité et la loi ne comporte pas d'autres dispositions pour financer l'administration de la masse en pareil cas.

62. Il pourrait y avoir abus de la procédure, par exemple, lorsque le débiteur forme une demande d'ouverture pour temporiser et priver de manière injustifiée les créanciers du paiement rapide de leurs créances ou pour être libéré d'obligations onéreuses, comme celles découlant des contrats de travail. S'agissant des demandes émanant des créanciers, on pourrait parler d'abus notamment lorsqu'un créancier utilise indûment la procédure d'insolvabilité en guise de mécanisme de recouvrement de créances (ce type de mécanisme n'étant peut-être pas très développé); pour tenter d'exclure une entreprise viable du marché; ou pour essayer d'obtenir des paiements préférentiels en faisant pression sur le débiteur (lorsque de tels paiements préférentiels ont été effectués et que le débiteur est insolvable, l'enquête jouerait un rôle clef dans la procédure d'insolvabilité).

63. Ainsi qu'il a été noté plus haut, s'il est prouvé que le débiteur ou des créanciers ont abusé de la procédure d'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité peut, outre prévoir le rejet de la demande, leur imposer des sanctions ou encore l'obligation de payer des frais et éventuellement des dommages-intérêts pour tout préjudice causé. Des mesures peuvent également être prévues dans d'autres

lois. En cas de rejet de la demande, toute mesure provisoire ordonnée par le tribunal après le dépôt de cette demande devrait prendre fin (voir chap. II, par. 53).

e) Notification de la demande d'ouverture et de l'ouverture

64. La notification d'une demande d'ouverture et de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est fondamentale pour plusieurs des principaux objectifs d'un régime de l'insolvabilité. Elle assure la transparence de la procédure et l'égalité d'information de toutes les parties concernées – les créanciers et d'autres parties intéressées en cas de demande émanant du débiteur, et le débiteur ainsi que d'autres créanciers et parties intéressées en cas de demande émanant d'un créancier.

i) Demande émanant du débiteur – notification aux créanciers

65. Dans le cas d'une demande émanant d'un débiteur, il importera surtout aux créanciers et autres parties intéressées de recevoir notification de la procédure et de se voir donner la possibilité de contester les présomptions d'admissibilité (éventuellement dans un délai déterminé pour éviter que la procédure ne se prolonge inutilement). La question se pose toutefois de savoir à quel moment les créanciers devraient être avisés – lorsque la demande est déposée ou à l'ouverture de la procédure. Les créanciers auront intérêt à être avisés du dépôt de la demande afin de pouvoir décider en connaissance de cause s'ils continuent ou non à fournir des biens et des services au débiteur pour éviter que viennent s'ajouter d'autres dettes. Le fait qu'un certain laps de temps s'écoule entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure pourrait avoir de graves conséquences pour les créanciers qui continuent à traiter avec le débiteur sans avoir connaissance de ses difficultés financières. Dans certaines circonstances toutefois, il peut être nécessaire de mettre en balance le souci des créanciers de savoir qu'une demande a été faite et le risque, en cas de notification, qu'il soit inutilement porté préjudice à la situation commerciale du débiteur si la demande en définitive est finalement rejetée, ou que les créanciers ne soient tentés de prendre des mesures de dernière minute pour recouvrer leurs créances. Pour répondre à ces préoccupations, on pourrait prévoir d'une façon générale que les créanciers et les autres parties intéressées seront avisés uniquement de l'ouverture de la procédure et adopter des règles procédurales qui évitent toute attente inutile entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure.

66. Une autre question est de savoir s'il faut mentionner expressément les créanciers étrangers dans l'obligation de notification susceptible d'être énoncée dans une loi sur l'insolvabilité afin d'assurer l'égalité de traitement entre créanciers nationaux et étrangers et tenir compte de la tendance internationale à la suppression de toute discrimination fondée sur la nationalité du créancier.

Les facteurs à prendre en considération pour trancher cette question sont examinés ci-après dans le contexte des modalités de la notification.

ii) Demande émanant d'un créancier – notification au débiteur

67. Dans le cas d'une demande émanant d'un créancier, il est de plus en plus souvent admis que le débiteur devrait avoir le droit fondamental d'être avisé immédiatement et la possibilité d'être entendu et de contester les allégations du demandeur sur sa situation financière (voir chap. III, par. 20 et 21). Lorsque le débiteur a disparu ou refuse de recevoir la notification en mains propres, une notification publique ou à sa dernière adresse connue pourrait suffire. On pourrait toutefois prévoir, dans des circonstances exceptionnelles, la possibilité, avec l'accord du tribunal, de ne pas aviser personnellement le débiteur au motif que la notification risque de compromettre l'objet d'une demande particulière, par exemple, en incitant le débiteur à mettre ses actifs hors de portée des créanciers ou du représentant de l'insolvabilité. Le contre-argument est que lorsque le débiteur n'est pas avisé, il risque sans le savoir de continuer à agir au détriment de la valeur de ses actifs et, donc, des créanciers. Il serait préférable de traiter ce problème en prévoyant des mesures provisoires, telles que l'imposition d'un arrêt des poursuites, qu'en se passant de notification. Toutefois, lorsque la loi permet au tribunal de ne pas notifier la demande, le débiteur devrait néanmoins être avisé aussi rapidement que possible de l'ouverture de la procédure. Les créanciers autres que ceux qui demandent l'ouverture de la procédure peuvent avoir un intérêt direct à être avisés eux aussi de l'ouverture de cette procédure.

iii) Notification de l'ouverture aux parties autres que les créanciers

68. Il faudra peut-être aviser un certain nombre de parties autres que les créanciers de l'ouverture de la procédure, à savoir la poste (en particulier si la loi exige que le courrier destiné au débiteur soit remis au représentant de l'insolvabilité), l'administration fiscale, les organismes de sécurité sociale et les organismes de réglementation des entreprises.

iv) Modalités de la notification

69. Outre le moment de la notification, une loi sur l'insolvabilité devra peut-être traiter ses modalités et son contenu pour en assurer l'efficacité. Les modalités pourraient porter à la fois sur la partie tenue d'adresser la notification (par exemple, le tribunal ou le demandeur) et sur la manière dont l'avis peut être communiqué, l'essentiel étant qu'il soit remis ou publié sous une forme généralement susceptible d'attirer l'attention des parties intéressées. Par

exemple, s'il est possible d'aviser chaque créancier connu individuellement[14] (l'efficacité de cette méthode dépendant de l'état des registres du débiteur), la nécessité d'informer les créanciers non connus a conduit le législateur à adopter des exigences générales, comme l'insertion de l'avis dans une publication officielle de l'État ou dans un journal à caractère commercial ou à grand tirage. Il peut s'agir d'un journal régional, national ou local (par référence à l'emplacement de l'entreprise du débiteur), selon les circonstances de l'espèce et selon ce qui se révélera le plus économique. Il ne sera pas toujours nécessaire, par exemple, d'exiger la publication à grands frais dans un journal national si l'entreprise du débiteur est implantée et gérée localement.

70. Pour éviter que la procédure de notification ne devienne trop lourde et n'exige dans chaque cas que l'on s'interroge sur le moyen le plus efficace à utiliser, l'obligation devrait faire référence à des formalités types, avec une certaine souplesse pour tenir compte des conditions locales. Un autre moyen possible d'assurer une notification effective serait notamment de recourir à diverses formes de communication électronique et ainsi qu'aux registres publics appropriés.

v) Contenu de la notification

71. Les informations à faire figurer dans la notification peuvent être notamment les suivantes: l'effet de l'ouverture de la procédure (tout particulièrement en ce qui concerne l'application de l'arrêt des poursuites, voir chap. II, sect. B); quand, comment et où les créanciers doivent déclarer leurs créances; la procédure et toute formalité requise pour déclarer les créances; quels créanciers doivent déclarer leurs créances (la question étant de savoir si les créanciers garantis ont besoin de faire une telle déclaration – voir chap. V, par. 2 à 5, et toutes dispositions spéciales applicables aux créanciers étrangers); les conséquences d'un défaut de déclaration ou d'une déclaration non conforme aux prescriptions; et des informations concernant la vérification des créances et les réunions de créanciers.

6. Débiteurs dont les actifs sont insuffisants

72. Nombre de débiteurs qui satisferaient aux critères d'ouverture ne font jamais l'objet d'une liquidation judiciaire, soit parce que les créanciers répugnent à engager une procédure lorsqu'il apparaît que le débiteur n'a pas d'actifs, ou n'en a pas assez, pour financer l'administration d'une procédure d'insolvabilité, soit parce qu'ils font rarement eux-mêmes le nécessaire, lorsqu'ils se trouvent dans cette situation, pour demander l'ouverture d'une procédure. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que lorsqu'une demande

[14]Grâce à la liste des créanciers que doit fournir le débiteur en coopération avec le représentant de l'insolvabilité (voir chap. III, par. 23 à 27 et 49 à 51; et art. 14 de la Loi type de la CNUDCI (annexe III)).

d'ouverture est faite dans ces circonstances, elle sera rejetée si le tribunal constate l'insuffisance d'actifs, tandis que d'autres prévoient un mécanisme de nomination et de rémunération d'un représentant de l'insolvabilité (voir chap. III, par. 44 à 47). D'autres encore prévoient l'imposition de frais supplémentaires aux créanciers pour le financement de l'administration de la masse (voir, par. 76 à 78 sur les frais ci-dessous).

73. La conception d'un mécanisme permettant d'administrer, dans le cadre d'une procédure judiciaire, des entreprises débitrices qui, apparemment, ont peu d'actifs ou n'en ont pas, se justifie pour plusieurs raisons, notamment d'intérêt général. Lorsqu'elle ne prévoit pas d'enquête sur les sociétés insolvables qui ont peu d'actifs ou n'en ont pas, une loi sur l'insolvabilité ne contribue guère à la promotion d'une conduite commerciale équitable ni au respect des règles de bonne gouvernance des entités commerciales. Des actifs peuvent être soustraits d'une société ou être transférés dans des sociétés ayant un lien avec celle-ci avant la liquidation sans que le débiteur ait à craindre une enquête ou l'application de dispositions d'annulation ou d'autres dispositions législatives de nature civile ou pénale.

74. Un mécanisme d'administration aidera à dissiper le sentiment d'impunité et peut permettre aux créanciers de recouvrer leurs créances lorsque les opérations antérieures sont susceptibles d'annulation, ainsi que constituer un moyen d'enquêter sur le comportement des dirigeants de telles entreprises débitrices. Il peut également encourager l'activité entrepreneuriale et une prise de risque économique responsable en accordant une décharge aux entrepreneurs et autres personnes exerçant une activité économique et en leur permettant de prendre un nouveau départ – les aspects répressifs et dissuasifs des lois sur l'insolvabilité seront moins de mise lorsque le débiteur est honnête. Par exemple, là où une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité serait normalement rejetée, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une exception pour les débiteurs personnes physiques dont les actifs sont insuffisants pour financer l'administration de la procédure, permettant d'enquêter sur les affaires de ces débiteurs pour déterminer si certains actifs peuvent être recouvrés et si une décharge devrait ou non être accordée.

75. Les mécanismes permettant de continuer à administrer la masse de l'insolvabilité peuvent prendre diverses formes telles que, comme indiqué ci-dessus, l'imposition de frais supplémentaires aux créanciers pour financer l'administration; la création d'un service public ou l'utilisation d'un service existant; la constitution d'un fonds servant à financer les dépenses; ou la nomination d'un professionnel de l'insolvabilité choisi sur une liste ou par roulement. Ce dernier dispositif est généralement destiné à assurer une répartition équitable et ordonnée de toutes les affaires d'insolvabilité, que les actifs soient insuffisants ou non, le représentant de l'insolvabilité recevant de l'État une rémunération déterminée ou supportant directement les frais qu'il répercute ensuite sur l'ensemble de ses clients (puisque, lorsqu'il s'agit d'un

professionnel, ses tarifs peuvent être adaptés pour tenir compte du travail non rémunérateur – méthode qui ne peut être retenue lorsque le représentant de l'insolvabilité est un agent public). Lorsqu'un mécanisme de ce type est prévu dans une loi sur l'insolvabilité, il faut peut-être aussi envisager de déterminer à quels débiteurs il s'appliquera, par exemple aux débiteurs ayant moins d'un certain montant d'actifs non grevés (à l'exclusion des actifs que les débiteurs personnes physiques sont autorisés à conserver – voir chap. II, par. 18 à 21) et aucune source régulière de revenus permettant normalement de procéder à la liquidation.

7. Paiement de droits pour la procédure d'insolvabilité

76. Le coût constitue, à côté de la rapidité et de l'efficacité, un aspect important d'un régime de l'insolvabilité performant, qui a des répercussions sur toutes les étapes de la procédure. Il est donc indispensable, lorsqu'on élabore une loi sur l'insolvabilité, d'éviter que la procédure n'entraîne des dépenses trop lourdes qui dissuaderont les créanciers, décourageront l'ouverture et iront à l'encontre des principaux buts recherchés, tout particulièrement quand il s'agit de petites et moyennes entreprises, mais également, par exemple, lorsque le débiteur a peu d'actifs ou a contracté une dette importante auprès de plusieurs petits créanciers dont les créances respectives ne suffiront probablement pas à financer les frais de demande.

77. Le dépôt d'une demande d'ouverture tant par le débiteur que par les créanciers peut être subordonné au paiement de droits. Il existe différentes solutions possibles pour ce qui est de leur montant. L'une d'elle, par exemple, consisterait à fixer un montant pouvant servir à couvrir les frais de la procédure. On notera toutefois que lorsque le montant est élevé, il risque d'avoir un effet dissuasif et d'aller à l'encontre de l'objectif d'accès commode, économique et rapide à la procédure. En revanche, s'il est très faible, il risque d'être insuffisant pour dissuader les demandes abusives. Il est donc souhaitable de trouver un équilibre entre ces différents objectifs.

78. Quelques lois sur l'insolvabilité exigent que les créanciers présentant une demande garantissent le paiement des frais de procédure jusqu'à un montant donné, qu'ils versent un certain pourcentage du total des créances ou paient une somme déterminée à titre de garantie des frais. Dans certaines lois exigeant un paiement à titre de garantie, celui-ci peut être remboursé sur la masse si les actifs sont suffisants et certains créanciers, comme les salariés, en sont dispensés. D'autres lois exigent, pour l'ouverture d'une procédure, que le débiteur ait suffisamment d'actifs non grevés pour couvrir les frais de la procédure. S'il n'y en a pas suffisamment, la loi sur l'insolvabilité prévoit généralement que la demande sera rejetée (auquel cas les problèmes financiers du débiteur risquent de ne pas être réglés) ou traitée conformément aux dispositions applicables aux cas où les actifs sont peu nombreux ou inexistants

(voir ci-dessus). Dans une autre approche, les droits à acquitter représentent un pourcentage fixe de la valeur des actifs entrant dans la masse, ce qui, dans les affaires importantes, peut aboutir au paiement de droits élevés sur la masse et, partant, décourager aussi bien les créanciers que le débiteur de présenter une demande.

8. Abandon de la procédure d'insolvabilité après son ouverture

79. Outre le rejet de la demande d'ouverture, examiné plus haut (par. 61 à 63), une loi sur l'insolvabilité devrait permettre l'abandon d'une procédure déjà en cours, et ce, indépendamment du fait que celle-ci ait débuté automatiquement après dépôt de la demande par le débiteur ou ait été ouverte sur décision du tribunal. Dans l'un et l'autre cas, il se peut que des informations justifiant l'abandon de la procédure soient obtenues à un stade ultérieur ou que la situation ait changé. Les motifs d'abandon seront essentiellement les mêmes que pour le rejet de la demande, à savoir: abus de la loi sur l'insolvabilité, par le débiteur ou par les créanciers, ou encore non-respect par le débiteur des critères d'ouverture au moment de l'ouverture.

Recommandations 14 à 29

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est:

a) De faciliter l'accès des débiteurs et des créanciers aux mesures prévues par la loi;

b) D'établir des critères d'ouverture qui soient transparents et sûrs;

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

d) D'établir des garanties pour protéger aussi bien les débiteurs que les créanciers contre un recours abusif à la procédure de demande d'ouverture; et

e) D'établir des conditions pour la notification effective de l'ouverture d'une procédure.

Contenu des dispositions législatives

Critère d'ouverture

Personnes autorisées à déposer une demande d'ouverture (par. 32 à 53)

14. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier quelles personnes sont autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Celles-ci devraient être notamment le débiteur et l'un quelconque de ses créanciers[15].

Demande émanant d'un débiteur (par. 33 à 36 pour la liquidation et par. 45 à 47 pour le redressement)

15. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande d'un débiteur si ce dernier peut démontrer:

a) Qu'il est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) Que son passif dépasse la valeur de son actif[16].

Demande émanant d'un créancier (par. 37 à 41 pour la liquidation et par. 48 à 53 pour le redressement)

16. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande d'un créancier s'il peut être démontré:

a) Que le débiteur est dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) Que le passif du débiteur dépasse la valeur de son actif.

Présomption de l'incapacité de payer du débiteur (par. 37)

17. La loi sur l'insolvabilité peut présumer que, s'il ne paie pas une ou plusieurs de ses dettes échues et si la totalité de la dette ne fait pas l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal au montant de la dette réclamée, le débiteur est dans l'incapacité générale de payer ses dettes[17].

---

[15]Y compris un organisme public créancier du débiteur.

[16]L'objet de cette recommandation et de la recommandation relative aux demandes émanant des créanciers est de donner au législateur une certaine latitude pour déterminer le critère d'ouverture, qui peut être unique ou double. S'il adopte un seul critère, celui-ci devrait être dans l'incapacité du débiteur de payer ses dettes à leur échéance (critère de la cessation des paiements) et non le critère du bilan. S'il adopte les deux critères à la fois (cessation des paiements et bilan), la procédure peut être ouverte si l'un des deux est rempli.

[17]Lorsque le débiteur n'a pas payé une dette échue et que le créancier a obtenu contre lui un jugement concernant cette dette, une telle présomption ne serait pas nécessaire pour établir l'incapacité de paiement. Le débiteur pourrait réfuter cette présomption en démontrant, par exemple, qu'il était en mesure de payer; que la dette faisait l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation; ou qu'elle n'était pas échue. Les recommandations concernant la notification offrent une protection au débiteur en exigeant que la demande d'ouverture lui soit notifiée et en lui donnant la possibilité de réfuter cette présomption.

Ouverture à la demande du débiteur (par. 65)

18. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque la demande d'ouverture émane du débiteur:

a) Celle-ci entraîne automatiquement l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; ou

b) Le tribunal détermine rapidement s'il est compétent, si le débiteur satisfait aux conditions d'admissibilité et si le critère d'ouverture est rempli et, dans l'affirmative, ouvre la procédure d'insolvabilité.

Ouverture à la demande d'un créancier (par. 57 et 67)

19. La loi sur l'insolvabilité devrait généralement spécifier que, lorsque la demande d'ouverture émane d'un créancier:

a) Celle-ci est notifiée rapidement au débiteur[18];

b) La possibilité est donnée au débiteur d'y répondre, en s'y opposant, en y consentant ou, lorsqu'elle vise la liquidation, en demandant l'ouverture d'une procédure de redressement; et

c) Le tribunal détermine rapidement s'il est compétent, si le débiteur satisfait aux conditions d'admissibilité et si le critère d'ouverture est rempli et, dans l'affirmative, ouvre la procédure d'insolvabilité[19].

Rejet d'une demande d'ouverture (par. 61 à 63)

20. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque la décision d'ouvrir une procédure est prise par le tribunal, celui-ci peut rejeter la demande d'ouverture et, le cas échéant, imposer des frais ou des sanctions au demandeur, s'il estime:

a) Qu'il n'est pas compétent, que le débiteur ne remplit pas les conditions d'admissibilité ou ne satisfait pas au critère d'ouverture; ou

b) Que la demande représente un recours abusif à la loi.

21. Lorsque la demande a été présentée par un créancier, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le débiteur doit être avisé rapidement de la décision de rejet.

Notification de l'ouverture d'une procédure (par. 64 à 71)

22. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir une procédure de notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Notification générale (par. 69 et 70)

23. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les moyens de notifier l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doivent être appropriés[20] pour que

---

[18]Lorsque l'on ignore où se trouve le débiteur et qu'il ne peut être contacté, le droit général peut prévoir des règles appropriées sur la notification en de telles circonstances.

[19]Pour déterminer si le critère d'ouverture est rempli, le tribunal peut avoir à examiner si la dette fait l'objet d'une contestation légitime ou d'un droit à compensation d'un montant supérieur ou égal. L'existence d'un droit à compensation peut être un motif de rejet de la demande (voir plus haut, par. 61 à 63).

[20]Pour savoir si un moyen est approprié dans un cas particulier, il faudra également évaluer le rapport coût-efficacité. La loi sur l'insolvabilité ne devrait pas exiger, par exemple,

l'information ait des chances de venir à la connaissance des parties intéressées[21]. Elle devrait spécifier à quelle partie incombe cette notification.

Notification aux créanciers (par. 65 et 66)

24. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la notification de l'ouverture de la procédure doit être adressée aux créanciers individuellement, sauf si le tribunal considère qu'en l'espèce une autre forme de notification serait plus appropriée[22].

Contenu de la notification (par. 71)

25. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit donner notamment:

a) Des informations concernant la déclaration des créances, notamment le délai et le lieu de déclaration;

b) La procédure et les conditions de forme à observer pour déclarer des créances;

c) Les conséquences de la non-déclaration d'une créance conformément aux alinéas *a)* et *b)* ci-dessus; et

d) Des informations concernant la vérification des créances, l'application de l'arrêt des poursuites et ses effets, et les réunions des créanciers.

Débiteurs ayant des actifs insuffisants (par. 72 à 75)

26. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le traitement à accorder aux débiteurs dont les actifs et les sources de revenus sont insuffisants pour couvrir les coûts d'administration de la procédure d'insolvabilité. Différentes solutions peuvent être adoptées, telles que:

a) Le rejet de la demande, sauf si le débiteur est une personne physique qui pourrait prétendre à une décharge; ou

b) L'ouverture de la procédure, auquel cas différents mécanismes de nomination et de rémunération du représentant de l'insolvabilité peuvent être prévus[23].

Abandon d'une procédure d'insolvabilité après ouverture (par. 79)

27. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre au tribunal d'abandonner une procédure si, après l'ouverture, il estime, par exemple:

---

une publication coûteuse dans un journal national quand la publication dans un journal local serait suffisante.

[21]La notification générale consistera le plus souvent à porter l'information à la connaissance du grand public dans une publication telle qu'un journal officiel ou un journal national, régional ou local à grande diffusion, par des moyens électroniques, ou par l'intermédiaire des registres publics pertinents.

[22]L'obligation d'établir la liste des créanciers devant être avisés est traitée dans le cadre des obligations du représentant de l'insolvabilité et du débiteur (voir chap. III, par. 22 à 27 et 49 à 51).

[23]Sur les mécanismes de nomination, voir chap. III, par. 44 à 47; sur la rémunération, voir chap. III, par. 53 à 59.

a) Que la procédure constitue un recours abusif à la loi sur l'insolvabilité; ou

b) Que le débiteur ne remplissait pas les conditions d'admissibilité ou ne satisfaisait pas au critère d'ouverture au moment de l'ouverture.

28. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque la procédure est abandonnée, le tribunal peut imposer des frais ou des sanctions, le cas échéant, au demandeur de l'ouverture de la procédure.

29. La loi sur l'insolvabilité devrait exiger la notification d'une décision d'abandonner la procédure.

C. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité*

1. Introduction

80. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des actifs situés dans des États différents, se posera alors la question complexe de savoir quelle loi appliquer à la validité et à l'opposabilité des droits sur ces actifs ou d'autres créances, et quel traitement accorder à ces actifs ainsi qu'aux droits et créances de ces parties étrangères dans une telle procédure. L'État du for appliquera généralement ses règles de droit international privé (ou règles de conflit de lois) pour déterminer quelle loi est applicable à la validité et à l'opposabilité d'un droit ou d'une créance et à leur traitement dans la procédure. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir annexe III) ne contenant pas de règles de conflit harmonisées que les États adoptants pourraient intégrer dans leur législation, ce sont les règles et pratiques établies qui régissent ces questions. Bien que la procédure d'insolvabilité puisse en règle générale être gouvernée par la loi de l'État d'ouverture de la procédure (*lex fori concursus*), de nombreux États ont adopté des exceptions, plus ou moins nombreuses et étendues, à l'application de cette loi. Cette diversité peut être une source d'insécurité juridique et d'imprévisibilité pour les parties concernées par une procédure d'insolvabilité internationale. En traitant spécifiquement, de manière transparente et prévisible, les questions de loi applicable, une loi sur l'insolvabilité peut contribuer à la sécurité juridique pour ce qui est des effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et créances des parties concernées.

2. Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances

81. Dans un contexte strictement interne, la loi sur l'insolvabilité ne "crée" pas de droits (personnels ou réels) ni de créances, mais devrait respecter les

---

*Section élaborée en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

droits et créances qui ont été acquis contre le débiteur en vertu d'autres dispositions juridiques applicables, à savoir celles du droit civil, commercial ou public. Elle s'emploie à déterminer le rang relatif de chacun de ces droits et créances lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte et, s'il y a lieu, à établir les restrictions et modifications auxquelles ils seront soumis pour que soient atteints les objectifs collectifs de cette procédure. Ces limites et restrictions sont des "effets de l'insolvabilité", car elles résultent de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contre un débiteur.

82. Dans le contexte de l'insolvabilité internationale, il est essentiel de distinguer entre la création de droits et de créances en vertu de la loi désignée comme étant applicable (qu'il s'agisse du droit matériel interne ou étranger) par les règles de conflit de lois du for et les effets de l'insolvabilité sur ces droits et créances. Étant donné, comme il vient d'être indiqué, que la loi sur l'insolvabilité ne crée pas de droits ni de créances, la question de savoir si un droit ou une créance donnés ont été créés, et le contenu de ce droit ou de cette créance, relèvent des règles générales de conflit de lois. Souvent, ces règles prévoient, par exemple, que la loi régissant le contrat déterminera l'existence d'une créance contractuelle contre le débiteur insolvable et son montant; que la *lex rei sitae* déterminera si une sûreté réelle sur des immeubles a été créée en faveur d'un créancier particulier, etc. Dans ce domaine, chaque État appliquera ses propres règles de conflit de lois, y compris toutes conventions internationales en vigueur. Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité, l'État du for appliquera généralement ses règles de conflit pour déterminer quelle loi régit la validité et l'opposabilité d'un droit ou d'une créance avant d'examiner leur traitement dans ladite procédure. Il importe de souligner que la détermination de la validité et de l'opposabilité ne relève pas de la loi sur l'insolvabilité mais d'une autre loi applicable.

3. *Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité:* lex fori concursus

83. Une fois la validité et l'opposabilité d'un droit ou d'une créance établies en vertu de la loi désignée comme étant applicable par les règles de conflit du for, se pose une deuxième question concernant les effets de la procédure d'insolvabilité sur ce droit ou cette créance, à savoir s'ils seront reconnus et admis dans la procédure et, dans l'affirmative, quel sera leur rang relatif. Cette question relève de la loi sur l'insolvabilité. Du point de vue du conflit de lois, il s'agit, dans cette deuxième phase, de déterminer quelle loi s'applique à ces effets. Le plus souvent, c'est la loi de l'État d'ouverture (*lex fori concursus*) qui régit l'ouverture, le déroulement, l'administration et la conclusion de la procédure et, partant, détermine généralement, par exemple, les débiteurs pouvant être soumis à la loi sur l'insolvabilité; les parties pouvant demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et les conditions d'admissibilité à remplir; les effets de l'ouverture, y compris la portée de l'arrêt des poursuites; l'organisation de l'administration de la masse; les pouvoirs et fonctions des

participants; les règles relatives à l'admissibilité des créances; la priorité et le rang des créances; et les règles relatives à la répartition. Par conséquent, elle régira en général les effets de l'insolvabilité sur les droits et créances valablement acquis en vertu d'une loi étrangère, par exemple la question de savoir si le droit ou la créance, compte tenu de leur nature et de leurs conditions, sont admissibles dans l'insolvabilité du débiteur, et comment ils seront classés.

84. Des problèmes peuvent se poser lorsque la loi qui régit le classement d'une créance et la loi applicable autre que la loi sur l'insolvabilité régissant cette créance sont différentes. C'est toujours la *lex fori concursus* qui établit les catégories de privilèges et de priorités existantes ainsi que le classement des créances. Normalement, elle tient compte, ce faisant, des créances qui existent en vertu du droit interne. Mais des créances peuvent avoir été acquises par les créanciers en vertu d'une loi étrangère, auquel cas il faut déterminer lesquelles peuvent être considérées comme équivalentes aux créances nées en vertu du droit interne qui confèrent certains privilèges ou priorités. En d'autres termes, il faut examiner si le type de créance né en vertu du droit étranger est "équivalent" au type de créance auquel la *lex fori concursus* accorde un statut particulier dans la procédure d'insolvabilité. À cette fin, il faut établir si les deux créances, eu égard à leur contenu essentiel et à leur fonction, correspondent l'une à l'autre au point de pouvoir être considérées comme "fonctionnellement interchangeables". Dans l'affirmative, elles devraient être considérées comme équivalentes et bénéficier du même traitement dans la procédure d'insolvabilité. Si l'équivalence ne peut être établie, la créance sera généralement traitée comme une créance ordinaire.

4. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: exceptions à l'application de la lex fori concursus

85. Pour déterminer les effets de l'insolvabilité sur les droits et créances valables et opposables, certaines lois prévoient des exceptions à l'application de la *lex fori concursus*. Ces exceptions ont pour objet de modifier non pas la loi applicable à la question de la validité et de l'opposabilité (qui continue d'être régie par les règles générales de conflit du for) mais celle qui est applicable aux effets de l'insolvabilité. Ceux-ci, au lieu d'être régis par la *lex fori concursus*, peuvent l'être, par exemple, par la loi applicable à la question de la validité et de l'opposabilité. Ainsi, les effets sur un droit à compensation (*set-off*) pourront être déterminés, non par la *lex fori concursus*, mais par la loi applicable au droit à compensation. D'autres exceptions à l'application de la loi du for, prévues dans diverses lois sur l'insolvabilité, renvoient par exemple à la loi applicable aux systèmes de paiement, aux contrats de travail, aux dispositions d'annulation et aux droits réels.

a) Systèmes de paiement et de règlement et marchés financiers réglementés

86. Les exceptions à l'application de la *lex fori concursus* répondent, en général, à certaines considérations de politique sociale. Par exemple, certaines lois s'attachent à accroître la sécurité commerciale et à réduire les risques pour les parties engagées dans des opérations commerciales. Ces parties établissent leur relation en fonction d'un environnement juridique particulier, en examinant en particulier la mesure dans laquelle leurs droits seront protégés en cas d'insolvabilité du débiteur – risque le plus courant pour tout créancier. L'application de la loi en vertu de laquelle le droit ou la créance en question ont été créés peut, en général, être moins coûteuse à apprendre pour le créancier, plus prévisible quant aux effets de l'insolvabilité et plus difficile à manipuler a posteriori par le débiteur que l'application de la loi du centre des intérêts principaux ou du domicile du débiteur. Partant de là, on peut avancer qu'il serait raisonnable, dans certaines circonstances, d'autoriser et de protéger le recours par les parties à la loi en vertu de laquelle le droit ou la créance ont été créés. Les systèmes de paiement ou de règlement et les marchés financiers réglementés, pour lesquels de nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent qu'ils exigent une exception à l'application de la *lex fori concursus*, constituent à cet égard, un exemple typique. L'application de la loi qui les régit peut éviter de modifier les mécanismes de paiement et de règlement en cas d'insolvabilité d'un participant, et par conséquent préserver la certitude et la confiance générales dans le système ou le marché et éviter un risque systémique.

b) Contrats de travail

87. Certaines lois prévoient des exceptions pour préserver des droits ou intérêts spécifiquement protégés par le droit d'un État contre les incertitudes ou les incohérences qui peuvent résulter de l'application des effets de l'insolvabilité d'une *lex fori concursus* étrangère. Pour des contrats de travail, par exemple, des protections particulières (souvent obligatoires) peuvent être accordées sous la forme d'un filet de sécurité financier pour les employés, ou de restrictions à la possibilité de rejeter ou de modifier ces contrats dans l'insolvabilité. Ces dispositions se justifient par le souci de protéger les attentes raisonnables des employés quant à leur contrat de travail, du fait qu'ils peuvent avoir une position de négociation relativement plus faible que leurs employeurs, et de veiller à la non-discrimination entre employés qui travaillent dans un même pays, que ce soit pour un employeur local ou pour un employeur étranger. Dans certains États, ces protections s'appliqueront uniquement aux contrats de travail individuels, alors que dans d'autres, elles s'appliqueront aussi aux conventions collectives.

c) Sûretés réelles

88. Certaines lois sur l'insolvabilité excluent aussi l'application de la *lex fori concursus* aux sûretés réelles. Cette solution signifie que la loi régissant un droit

réel déterminera non seulement sa création et sa validité en général, mais aussi son opposabilité en cas de procédure d'insolvabilité. En d'autres termes, la position de la sûreté réelle dans une procédure d'insolvabilité ouverte à l'étranger ne sera pas établie par la *lex fori concursus* – dont l'application en effet pourrait avoir une incidence sur le cadre juridique du crédit garanti, en introduisant un facteur d'instabilité susceptible d'augmenter le coût interne du financement – mais par les règles relatives à l'insolvabilité de la loi applicable aux sûretés réelles. Si une procédure étrangère empiète sur des sûretés réelles locales, la valeur de ces dernières risque d'être gravement compromise. De même, le transfert du centre des intérêts principaux du débiteur dans un autre État risque de modifier radicalement la position du créancier garanti. Les droits à compensation (*set-off*) peuvent aussi être soumis, comme cela a été indiqué plus haut, à une loi autre que la loi du for, pour des raisons liées aux attentes des parties, en particulier si elles ont des relations d'affaire régulières entre elles.

d) Dispositions d'annulation

89. Le souci de renforcer la sécurité juridique et de réduire les risques vaut aussi pour les dispositions d'annulation. De nombreuses lois sur l'insolvabilité énoncent que la *lex fori concursus* devrait régir l'annulation des opérations, même dans les cas où, en vertu des règles générales de conflit du for, les opérations à annuler relèveraient d'une loi étrangère. D'autres attendent de la loi gouvernant l'opération qu'elle régisse aussi les actions en annulation. Les exceptions à l'application de la *lex fori concursus* sont motivées par la protection du cocontractant et de son recours à la loi régissant l'opération. Cette approche peut apporter un certain degré de sécurité et de prévisibilité aux cocontractants, qui sont assurés ainsi que leur opération avec le débiteur ne sera pas contestée ultérieurement dans une procédure d'insolvabilité, et contribuer à réduire le coût du crédit et des opérations commerciales, en raison de la diminution du risque d'annulation (ce qui peut être essentiel dans le cas d'opérations ayant lieu dans un système de paiement ou de règlement).

90. Certaines des lois qui s'appuient sur la loi régissant l'opération pour les actions en annulation combinent celle-ci et la *lex fori concursus* selon des modalités diverses. Dans l'une d'elles, une opération ne sera susceptible d'annulation dans l'insolvabilité que si elle est annulable à la fois en vertu de la loi de l'État d'ouverture de la procédure et de la loi régissant l'opération. Dans une autre, une opération peut être annulée si l'annulation peut être obtenue en vertu de la loi du for ou de la loi régissant l'opération. Une loi, par exemple, prévoit que la loi du for s'appliquera à l'annulation, mais reconnaît l'application d'une autre loi si celle-ci est plus rigoureuse et conduirait à l'annulation d'un plus grand nombre d'opérations.

5. Établir un équilibre entre l'opportunité d'exceptions et les objectifs de la procédure d'insolvabilité

91. Il est essentiel de mettre en balance les considérations de principe qui motivent les exceptions à l'application de la *lex fori concursus* et d'autres considérations fondamentales pour la procédure d'insolvabilité, en particulier l'objectif de la maximisation de la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de tous les créanciers, et non de certains seulement, et l'objectif de l'égalité de traitement de tous les créanciers se trouvant dans la même situation. La loi du for sera conçue pour contribuer à la réalisation des objectifs particuliers de la procédure dans l'État en question et apportera la sécurité juridique au représentant de l'insolvabilité pour l'exercice de nombre de ses fonctions dans le cadre de la procédure, notamment l'annulation des opérations, le traitement des contrats, le traitement des créances, etc. Son application dans la procédure d'insolvabilité peut éviter un procès potentiellement coûteux et long visant à déterminer la loi applicable aux effets de l'insolvabilité, ainsi que la validité et l'opposabilité des droits ou créances compte tenu de ces effets en vertu de la loi du for. En conséquence, dans de nombreux cas, l'application de la *lex fori concursus* aux effets de l'insolvabilité peut réduire les coûts et les délais et donc maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de tous les créanciers. Par ailleurs, une exception à cette application peut entraîner des effets différents sur des créanciers se trouvant dans la même situation, au seul motif que leurs droits et créances sont régis par des lois différentes. On peut avancer, par exemple, que les règles de compensation (*set-off*) du for devraient s'appliquer aux créances puisque, dans l'insolvabilité, les droits à compensation sont étroitement liés à la preuve et à la quantification des créances ainsi qu'aux principes régissant l'égalité de traitement des créanciers. Ces questions étant réglementées par la loi du for, les droits à compensation devraient l'être de la même façon.

Recommandations 30 à 34

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité est:

a) De faciliter les opérations commerciales en reconnaissant, dans la procédure d'insolvabilité, les droits et créances nés avant l'ouverture de la procédure et la loi qui s'appliquera à la validité et à l'opposabilité de ces droits et créances; et

b) D'établir la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité et les exceptions, s'il y a lieu, à l'application de cette loi.

Contenu des dispositions législatives

Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances (par. 81 et 82)

30. La loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: lex fori concursus *(par. 83 et 84)*

31. La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets, à savoir notamment:

a) L'identification des débiteurs qui peuvent faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité;

b) La détermination du moment où la procédure d'insolvabilité peut être ouverte et du type de procédure qui peut être ouverte, de la partie qui peut en demander l'ouverture et du point de savoir si les critères d'ouverture devraient différer en fonction de la partie qui demande l'ouverture;

c) La constitution et l'étendue de la masse de l'insolvabilité;

d) La protection et la préservation de la masse de l'insolvabilité;

e) L'utilisation ou la disposition des actifs;

f) La proposition, l'approbation, l'homologation et l'exécution d'un plan de redressement;

g) L'annulation de certaines opérations susceptibles de léser certaines parties;

h) Le traitement des contrats;

i) La compensation (*set-off*);

j) Le traitement des créanciers garantis;

k) Les droits et obligations du débiteur;

l) Les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité;

m) Les fonctions des créanciers et du comité des créanciers;

n) Le traitement des créances;

o) Le classement des créances;

p) Les frais et dépenses liés à la procédure d'insolvabilité;

q) La répartition du produit;

r) La conclusion de la procédure; et

s) La décharge.

Exceptions à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité (par. 85 à 90 et, en particulier, par. 86 et 87)

32. Nonobstant la recommandation 31, les effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits et obligations des participants à un système de

paiement ou de règlement ou à un marché financier réglementé devraient être régis uniquement par la loi applicable à ce système ou marché.

33. Nonobstant la recommandation 31, les effets de la procédure d'insolvabilité sur le rejet, la continuation et la modification de contrats de travail peuvent être régis par la loi applicable au contrat.

34. Toutes exceptions en sus de celles prévues dans les recommandations 32 et 33 devraient être limitées en nombre et clairement énoncées ou notées dans la loi sur l'insolvabilité.

II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

1. Introduction

1. Une étape fondamentale de la procédure d'insolvabilité est l'identification, le recouvrement, la préservation et la disposition des actifs du débiteur. De nombreux systèmes d'insolvabilité soumettent ces actifs à un régime spécial, parfois appelé "masse de l'insolvabilité", sur laquelle le représentant de l'insolvabilité aura des pouvoirs biens définis, sous réserve de certaines exceptions.

2. Dans le présent *Guide législatif*, le terme "masse" est employé dans son sens fonctionnel pour désigner les actifs du débiteur qui sont placés sous le contrôle du représentant de l'insolvabilité et soumis à la procédure d'insolvabilité. La constitution de la masse de l'insolvabilité a des conséquences très différentes selon les pays. Dans certains, la loi sur l'insolvabilité prévoit que la propriété légale des actifs est transférée à la personne désignée pour les administrer (généralement le représentant de l'insolvabilité). Dans d'autres, le débiteur reste propriétaire en droit, mais ses pouvoirs d'administration et de disposition sont limités. Soit le représentant de l'insolvabilité contrôlera entièrement les actifs soit le débiteur ne pourra s'en servir que dans le cours normal des affaires et l'utilisation ou la disposition des actifs en dehors de ce cours normal, y compris la constitution de sûretés réelles, sera soumise à l'approbation du représentant de l'insolvabilité ou, dans certains cas, du tribunal ou des créanciers.

3. Quelle que soit la tradition juridique applicable, une loi sur l'insolvabilité devra désigner clairement les actifs qui seront soumis à la procédure d'insolvabilité et, partant, inclus dans le concept de "masse" examiné dans le *Guide* et indiquer quelles seront sur eux les incidences de cette procédure; elle devra aussi préciser les pouvoirs des divers participants. Le type d'actifs visés et leur traitement détermineront la portée et la conduite de la procédure et, en particulier dans un redressement, influeront considérablement sur les chances de succès de ce dernier. L'insertion dans une loi sur l'insolvabilité de dispositions claires et détaillées sur ces questions assurera transparence et prévisibilité à la fois aux créanciers et au débiteur.

2. Actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité

a) Définition générale de la masse de l'insolvabilité

4. La masse devrait en principe comprendre tous les actifs corporels (meubles ou immeubles) et incorporels du débiteur, y compris des droits sur des actifs, qu'ils se trouvent dans l'État du for ou à l'étranger et qu'ils soient ou non en possession du débiteur au moment de l'ouverture. Elle comprendrait les divers droits du débiteur sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers (auquel cas leur utilisation continue par la masse peut être soumise à d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité – voir chap. II, par. 90 et 91). En général, les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité par le débiteur ou par le représentant de l'insolvabilité (sous réserve de certaines exceptions qui s'appliqueraient dans le cas des débiteurs personnes physiques – voir ci-dessous) et les actifs récupérés par voie d'annulation et d'autres actions seraient également inclus. Certains actifs peuvent être vendus ou échangés librement dans le cours de la procédure, tandis que d'autres peuvent faire l'objet de restrictions découlant du droit des contrats notamment (par exemple, une licence non cessible accordée par les pouvoirs publics ou une liste de clients soumise à des règles de protection des données) ou exiger de régler certains problèmes susceptibles de se poser avec d'autres droits qui leur sont attachés. En dépit de ces restrictions, il est souhaitable que ces actifs entrent dans la masse.

5. Les actifs corporels, tels que la caisse, le matériel, les stocks, l'encours, les comptes bancaires, les comptes clients et les biens immobiliers, devraient être aisément identifiés sur le bilan du débiteur. Les actifs incorporels, quant à eux, varieront d'un État à l'autre, en fonction de la législation interne, mais peuvent comprendre les droits de propriété intellectuelle, les valeurs mobilières et les instruments financiers, les polices d'assurance, les droits contractuels (y compris ceux portant sur des actifs appartenant à des tiers) et les droits d'action en réparation d'une faute non contractuelle[1]. L'inclusion de certains actifs incorporels dans la masse peut créer des conflits avec d'autres lois, telles que celles restreignant la transférabilité ou celles relatives à la protection des données. Dans le cas des personnes physiques, la masse peut également comprendre, par exemple, les droits successoraux qui reviennent au débiteur ou auxquels le débiteur peut prétendre à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou encore qui naissent pendant cette procédure, ainsi que les droits du débiteur sur des actifs dont il partage la propriété avec une autre personne, notamment son conjoint.

---

[1]Lorsque le débiteur est une personne physique, certaines lois excluent les préjudices personnels tels que les dommages pour diffamation, les atteintes au crédit ou à la réputation ou les lésions corporelles, le débiteur conservant personnellement le droit d'agir et de garder les dommages-intérêts accordés, faute de quoi il serait moins enclin à demander réparation. En revanche, il ne sera peut-être pas autorisé à demander réparation pour toute perte de rémunération résultant de ces actions.

6. S'il est souhaitable que la masse soit définie de manière large, l'inclusion de certains types d'actifs peut prêter à controverse. Certains actifs peuvent entrer dans la masse sans difficulté, tels que les actifs non grevés appartenant au débiteur, les actifs qui ne sont pas revendiqués par un tiers et les actifs récupérés par le représentant de l'insolvabilité, au moyen d'actions contre un tiers ou d'actions en annulation. D'autres actifs peuvent être exclus de la masse sans problème, tels que les actifs appartenant à un tiers sur lesquels le débiteur n'a aucun droit et les actifs appartenant en pleine propriété au conjoint du débiteur. En revanche, des actifs tels que les actifs grevés, les actifs communs, les actifs se trouvant à l'étranger, certains actifs incorporels et les actifs appartenant à des tiers sur lesquels le débiteur a un droit, peuvent créer des difficultés. Ils sont examinés ci-après.

b) Actifs grevés

7. Une question importante est de savoir si la loi sur l'insolvabilité considère les actifs grevés comme faisant partie de la masse. Le traitement accordé à ces actifs diffère d'une loi à l'autre. De nombreuses lois prévoient que ces actifs entrent dans la masse et que l'ouverture de la procédure produit différents effets. Par exemple, la réalisation des sûretés réelles sera limitée par l'arrêt des poursuites. L'inclusion des actifs grevés dans la masse et, partant, l'imposition de restrictions aux créanciers garantis dans l'exercice de leurs droits dès l'ouverture de la procédure peuvent non seulement contribuer à assurer l'égalité de traitement aux créanciers, mais aussi être déterminantes pour la procédure lorsque l'actif grevé est essentiel à l'entreprise. Par exemple, lorsque du matériel de fabrication ou un bâtiment industriel pris à bail sont indispensables aux activités de l'entreprise du débiteur, cette dernière ne pourra être redressée ou cédée en vue de la poursuite de l'activité que si le matériel ou le bail peuvent être conservés aux fins de la procédure. Le fait d'inclure tous les actifs du débiteur dans la masse de l'insolvabilité dès l'ouverture de la procédure présente des avantages, notamment en cas de redressement et lorsque l'entreprise en liquidation doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité.

8. Lorsque les actifs grevés sont inclus dans la masse, un certain nombre de lois prévoient certaines mesures de protection, telles que celles visant à maintenir leur valeur ou la valeur de la fraction garantie de la créance d'un créancier ou celles consistant, dans certaines situations, à les distraire de la masse. Une loi sur l'insolvabilité devrait clairement indiquer que l'inclusion des actifs grevés ne privera pas les créanciers garantis de leurs droits sur ces actifs, même si l'exercice de ces droits s'en trouvera limité (par exemple, en étant retardé par un arrêt des poursuites) et devrait expressément assurer la protection des droits des créanciers garantis sur ces actifs.

9. Dans d'autres lois, la procédure d'insolvabilité est sans incidence sur les actifs grevés et les créanciers garantis peuvent agir pour obtenir l'exécution de leurs droits légaux et contractuels. Reconnaissant que les actifs grevés peuvent

dans certains cas être indispensables à la procédure, certaines lois prévoient que, même si la procédure est sans conséquence pour ces actifs, il peut être demandé au tribunal d'empêcher la réalisation des sûretés lorsque les actifs sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Exclure de la masse les actifs grevés peut avoir pour effet d'accroître en général l'offre de crédit, car les créanciers garantis auraient l'assurance que leurs droits ne seraient pas lésés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. On admet toutefois de plus en plus que s'il est généralement avantageux pour l'économie d'exclure les actifs grevés, il est encore plus avantageux de les inclure et de limiter l'exercice des droits des créanciers garantis comme indiqué ci-dessus.

c) Actifs appartenant à des tiers

10. Dans certains pays, les actifs dont un créancier conserve la propriété légale (par exemple, en cas de réserve de propriété ou de bail) peuvent être distraits de la masse de l'insolvabilité, le principe étant que la loi sur l'insolvabilité devrait respecter le droit de propriété du créancier. Dans quelques-uns de ces pays, la distraction d'un actif peut être soumise aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives au traitement des contrats. En règle générale toutefois, la masse comprendra, comme indiqué plus haut dans la définition générale de ce concept, tous droits que le débiteur pourrait avoir sur les actifs appartenant à des tiers. Il arrive que ces actifs, à l'instar des actifs grevés, soient indispensables à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, que ce soit pour son redressement ou pour sa cession dans le cadre d'une liquidation en vue de la poursuite de l'activité. Dans ces cas, il sera avantageux que la loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette de soumettre à la procédure d'insolvabilité les actifs appartenant à des tiers, sous réserve de protéger les droits réels du tiers propriétaire et du droit du tiers de contester ce traitement.

11. S'il ressort des conditions économiques de l'opération que celle-ci est un moyen de financer l'acquisition d'un actif, même si elle prend la forme, par exemple, d'un bail, certaines lois considèrent cet arrangement comme un prêt assorti d'une sûreté et le bailleur recevra le même traitement en cas d'insolvabilité que les autres créanciers garantis. Une opération constituera un moyen de financement lorsqu'à l'expiration du bail, soit le débiteur pourra conserver l'actif moyennant le versement d'une somme symbolique, soit la valeur résiduelle de l'actif sera négligeable. La loi sur l'insolvabilité peut considérer les droits du débiteur comme faisant partie de la masse et autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser l'actif sous certaines conditions, comme décrit plus loin (par. 90 et 91).

12. Lorsque le droit réel sur des actifs revendiqué par le débiteur est contesté par un tiers, il sera souhaitable que la loi sur l'insolvabilité permette que ces actifs soient provisoirement protégés afin d'en assurer la préservation en attendant que le tribunal détermine qui en est propriétaire. Si celui-ci décide

finalement que les actifs n'entrent pas dans la masse, la loi peut aussi traiter la question du préjudice subi par le tiers du fait de la rétention des actifs par le débiteur. Cette question peut également se poser quand un tiers retient des actifs considérés comme entrant dans la masse.

d) Actifs étrangers

13. La question de savoir si les actifs du débiteur situés en dehors du pays où se déroule la procédure entreront ou non dans la masse relève de l'insolvabilité internationale. Elle peut revêtir une importance particulière en cas de redressement, lorsque l'exclusion d'actifs étrangers risque de compromettre sérieusement les chances de réussite de la procédure. Une première approche consiste à considérer qu'il ne devrait y avoir qu'une seule procédure d'insolvabilité basée dans le pays où le débiteur a son siège social ou son lieu d'immatriculation ou d'incorporation (centre des intérêts principaux), laquelle procédure s'appliquerait à tous les actifs du débiteur où qu'ils se situent (approche universelle). L'idée est que l'État appliquant cette approche acceptera une créance déclarée conformément à la loi sur l'insolvabilité d'un autre État. Une autre approche consiste à limiter le champ d'application de la loi sur l'insolvabilité au territoire de l'État qui l'a adoptée (approche territoriale), ce qui oblige à ouvrir autant de procédures qu'il y a d'États où le débiteur a des actifs ou encore des filiales ou des établissements. Une approche un peu différente consiste à déclarer sa propre loi universellement applicable sans toutefois reconnaître le même caractère universel aux lois des autres États.

14. La diversité des approches crée beaucoup d'incertitude et compromet l'efficacité des lois nationales sur l'insolvabilité. Toutefois, à mesure que les différences entre lois sur l'insolvabilité s'estompent et que l'uniformisation progresse, l'approche territoriale se justifie de moins en moins. Il est de plus en plus souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie l'inclusion dans la masse de tous les actifs du débiteur où qu'ils se trouvent[2]. Or, comme les divergences risquent de subsister pendant quelques temps, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale établit un régime pour une coopération efficace dans les affaires d'insolvabilité internationale grâce à la reconnaissance des décisions étrangères et à l'accès des représentants étrangers de l'insolvabilité aux procédures judiciaires locales. Le régime a été conçu de façon à être compatible avec tous les systèmes juridiques. Il est examiné plus en détail dans les documents figurant à l'annexe III.

[2]Voir, par exemple, le Règlement (CE) nº 1346/2000, qui prévoit l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale de portée universelle ainsi que la possibilité d'engager des procédures secondaires dont les effets sont limités au territoire des États membres concernés. Il prévoit aussi la reconnaissance automatique des décisions étrangères ainsi que des règles spéciales de coordination entre liquidateurs.

e) Actifs récupérés

i) Actions en annulation

15. La masse de l'insolvabilité comprendra généralement tout actif – ou sa valeur – récupéré par voie d'action en annulation, lorsque l'opération concernant cet actif relevait du type d'opérations susceptibles d'annulation conformément à la loi sur l'insolvabilité, à savoir par exemple, les opérations qui ont permis à certains créanciers de bénéficier d'un traitement préférentiel, étaient préjudiciables à la masse de l'insolvabilité ou ont été conclues pour empêcher des créanciers d'exercer leurs droits collectifs (voir plus loin, par. 170 à 184).

ii) Opérations effectuées sans agrément après le dépôt de la demande d'ouverture et après l'ouverture de la procédure

16. De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui restreignent la liberté d'un débiteur soumis à une procédure d'insolvabilité de se servir de ses actifs, grevés ou non, sans l'agrément du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité (voir plus loin, par. 70 à 73). Ces restrictions s'appliqueront généralement après l'ouverture de la procédure mais le peuvent aussi après le dépôt d'une demande d'ouverture, dans les cas où les pouvoirs sur les actifs de la masse sont confiés à un représentant provisoire de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent les opérations non agréées comme nulles et inopposables à la masse de l'insolvabilité et autorisent la réclamation des actifs transférés, sauf dans certains cas lorsque le cocontractant a donné une contrepartie ou peut prouver que l'opération n'a pas porté atteinte aux droits des créanciers. D'autres lois sur l'insolvabilité parviennent au même résultat en appliquant des dispositions d'annulation aux contrats non agréés, en fonction de la manière dont est calculée la période suspecte (voir plus loin, par. 188).

3. Actifs exclus de la masse de l'insolvabilité

a) Exclusions générales

17. La loi sur l'insolvabilité peut exclure certains actifs de la masse. Les approches adoptées sur ce point diffèrent suivant les lois. Peuvent être exclus, par exemple, certains actifs appartenant à un tiers qui se trouvent en possession du débiteur à l'ouverture de la procédure, tels que des actifs fiduciaires et des actifs soumis à un arrangement (contractuel ou autre) qui n'implique pas de transfert de propriété, mais plutôt l'utilisation de ces actifs et leur restitution au propriétaire une fois atteint l'objectif pour lequel ils ont été mis en possession

du débiteur[3]. Peuvent aussi être exclus des actifs susceptibles, dans certaines lois, d'être revendiqués, tels que des marchandises qui ont été fournies au débiteur avant l'ouverture de la procédure mais qui n'ont pas été payées et peuvent être récupérées par le fournisseur (sous réserve d'identification et d'autres conditions applicables).

b) Lorsque le débiteur est une personne physique

18. En cas d'insolvabilité d'une personne physique, la loi sur l'insolvabilité peut exclure de la masse certains actifs, tels que les gains tirés, postérieurement à la demande d'ouverture, de la prestation de services personnels par le débiteur ou les sommes perçues pour des travaux publics réalisés par lui, les actifs nécessaires au débiteur pour gagner sa vie et les actifs personnels et actifs du ménage, comme le mobilier, les biens d'équipement ménager, la literie, les vêtements et autres actifs nécessaires à la satisfaction des besoins élémentaires du débiteur et de sa famille. Certaines lois excluent aussi les préjudices personnels tels que les dommages pour diffamation, les atteintes au crédit ou à la réputation ou les lésions corporelles. Le débiteur conserve personnellement le droit d'agir et de garder les dommages et intérêts accordés, faute de quoi il serait moins enclin à demander réparation, mais il ne sera pas autorisé à demander réparation pour toute perte de rémunération résultant de ces actions. De telles exclusions ne seraient généralement pas prévues pour les personnes morales débitrices.

19. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité exclut de la masse certains actifs d'une personne physique, ceux-ci devraient être clairement identifiés et leur nombre et valeur limités au minimum nécessaire pour sauvegarder les droits de nature personnelle du débiteur et permettre à celui-ci de mener une vie productive. Pour déterminer ces exclusions, il faudrait probablement prendre en considération les obligations applicables en matière de droits de l'homme, y compris les obligations conventionnelles internationales, qui visent à protéger le débiteur et sa famille et peuvent avoir une incidence sur les exclusions à prévoir[4]. Il faut peut-être aussi tenir compte des effets économiques des exclusions: certaines études montrent que l'exclusion de la totalité ou d'une grande partie des actifs personnels peut favoriser l'entrepreunariat et la prise de risque.

Actifs communs

20. Le traitement des actifs personnels appartenant en copropriété au débiteur personne physique et à son conjoint varie d'un pays à l'autre. Ce traitement peut être spécifié par la loi sur l'insolvabilité ou d'autres lois relatives, par

---

[3]Arrangement parfois appelé "dépôt".

[4]En Europe, par exemple, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950.

exemple, au patrimoine des époux ou à la propriété. Dans certains États fédéraux, cette question peut relever à la fois du droit étatique et du droit fédéral. La relation entre ces autres lois et la loi sur l'insolvabilité peut déterminer la manière dont s'appliqueront certaines dispositions de cette dernière, telles que les dispositions d'annulation.

21. Une approche consiste à exclure totalement les actifs communs de la masse. Une autre consiste, lorsque la procédure est ouverte contre les actifs de l'un des époux, à inclure dans la masse la part des actifs communs appartenant à cet époux si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise la division des actifs aux fins d'exécution (dans ce cas, celle-ci ne sera pas régie par la loi sur l'insolvabilité et se fera en dehors de la procédure). Le choix entre l'une ou l'autre approche peut donc dépendre de l'application des lois autres que la loi sur l'insolvabilité et de facteurs tels que la facilité avec laquelle les actifs peuvent être divisés (voir plus loin, par. 87).

4. Date de constitution de la masse de l'insolvabilité et récupération des actifs

22. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle la masse sera constituée afin qu'il n'y ait sur ce point aucun doute, ni pour le débiteur ni pour les créanciers. Certaines lois prennent comme référence la date effective d'ouverture de la procédure, d'autres la date de dépôt de la demande d'ouverture ou encore un événement caractéristique de l'insolvabilité motivant la demande. La différence entre ces dates est importante en ce qui concerne le traitement (et surtout la protection) des actifs du débiteur pendant la période comprise entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. C'est pourquoi, dans certaines lois, la masse est constituée à partir de la date du dépôt de la demande. Dans d'autres, pour des motifs de clarté et de sécurité, elle est constituée à compter de la date d'ouverture, mais le droit du débiteur de disposer de biens pendant la période qui suit le dépôt de la demande est restreint, le représentant de l'insolvabilité pouvant réclamer des actifs ayant fait l'objet d'actes de disposition pendant cette période. D'autres éléments à prendre en compte pour la protection des actifs entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure sont les dispositions d'annulation et la date à partir de laquelle est calculée la période suspecte (voir plus bas, par. 188).

23. Quelle que soit la date choisie pour sa constitution, la masse devrait en principe inclure les actifs du débiteur à cette date ainsi que les actifs acquis par le représentant de l'insolvabilité et le débiteur après cette date, que ce soit dans l'exercice de pouvoirs d'annulation ou dans le cours normal des affaires de l'entreprise débitrice[5].

[5] À l'exception des actifs exclus de la masse lorsque le débiteur est une personne physique (voir plus haut, par. 18 à 21).

24. Une fois que les actifs devant entrer dans la masse ont été identifiés, il faut les récupérer. La loi sur l'insolvabilité peut, à cette fin, conférer au représentant de l'insolvabilité des pouvoirs lui permettant de prendre le contrôle de ces actifs et imposer l'obligation au débiteur et à d'autres parties concernées d'aider le représentant de l'insolvabilité et de coopérer avec lui sur ce point. Lorsque les actifs se trouvent à l'étranger, des mesures supplémentaires seront nécessaires, telles que celles prévues dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir annexe III).

Recommandations 35 à 38

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la masse de l'insolvabilité est:

a) De déterminer les actifs qui seront inclus dans la masse, y compris les droits du débiteur sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers; et

b) De déterminer les actifs qui seront éventuellement exclus de la masse.

Contenu des dispositions législatives

Actifs constituant la masse de l'insolvabilité (par. 1 à 16)

35. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse devrait comprendre notamment:

a) Les actifs du débiteur[6], y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers;

b) Les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) Les actifs récupérés au moyen d'une action en annulation ou autre.

36. Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte au lieu du centre des intérêts principaux du débiteur, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse englobe tous les actifs du débiteur où qu'ils se trouvent[7].

Date de constitution de la masse de l'insolvabilité (par. 22 à 24)

37. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle la masse doit être constituée, celle-ci pouvant être la date du dépôt de la demande d'ouverture ou la date effective d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

---

[6]La propriété des actifs serait déterminée conformément à la loi applicable en l'espèce, le terme "actifs" étant ici défini de manière large comme désignant des biens et des droits du débiteur, y compris des droits sur des actifs appartenant à des tiers.

[7]Lorsque la loi sur l'insolvabilité suit une approche universelle, comme cela est recommandé ici, elle devrait également traiter la question de la reconnaissance des procédures étrangères; voir la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (annexe III).

Actifs exclus de la masse de l'insolvabilité lorsque le débiteur est une personne physique[8] *(par. 18 à 21)*

38. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les actifs qui sont éventuellement exclus de la masse lorsque le débiteur est une personne physique.

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

1. Introduction

25. Une loi sur l'insolvabilité efficace a pour objectifs de protéger la valeur de la masse de l'insolvabilité contre toute dépréciation due aux actions des diverses parties à la procédure d'insolvabilité et de permettre que la procédure soit administrée d'une manière équitable et ordonnée. La masse doit surtout être protégée contre le débiteur et ses créanciers.

2. Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites

26. En ce qui concerne les créanciers, l'un des principes fondamentaux de la loi sur l'insolvabilité est le caractère collectif de la procédure d'insolvabilité, qui exige de protéger les intérêts de tous les créanciers contre l'action individuelle de l'un d'entre eux. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de protection de la valeur de la masse de l'insolvabilité qui non seulement interdit aux créanciers d'engager des actions pour faire exécuter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure de liquidation ou de redressement, mais qui suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur. Selon l'effet qu'il produit, ce mécanisme est appelé "moratoire", "suspension" ou "arrêt". Le *Guide législatif* emploie le terme "arrêt des poursuites" dans une acception large, pour désigner à la fois une suspension des poursuites en cours et un moratoire visant à retarder l'engagement de nouvelles poursuites.

i) Liquidation

27. En règle générale, la liquidation consiste essentiellement à réaliser tout ou partie des actifs afin que les créanciers puissent être remboursés sur le produit de la masse le plus rapidement possible. La maximisation de la valeur est un objectif prioritaire. L'arrêt des poursuites peut assurer une administration équitable et ordonnée de la procédure de liquidation, car il donne au représentant de l'insolvabilité un délai suffisant pour éviter une vente forcée qui

[8] Il n'est généralement pas prévu d'exclusions pour les personnes morales débitrices. S'agissant des types d'actifs pouvant être exclus dans le cas de personnes physiques, voir plus haut, par. 18 à 21.

ne permet pas de maximiser la valeur des actifs à liquider ainsi que la possibilité de voir si l'entreprise peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité, les actifs pouvant rapporter davantage s'ils sont vendus collectivement que s'ils le sont séparément. L'arrêt des poursuites permet aussi au représentant de l'insolvabilité de faire le point de la situation du débiteur, notamment des poursuites déjà engagées, et laisse le temps d'examiner pleinement toutes les actions, ce qui augmente les chances d'obtenir un résultat qui ne soit préjudiciable ni pour le débiteur ni pour les créanciers. La difficulté dans une procédure de liquidation est de concilier les intérêts des créanciers garantis, qui détiennent souvent une sûreté réelle sur certains des principaux actifs de l'entreprise et souhaitent réaliser celle-ci, et les intérêts des créanciers chirographaires, qui tireront probablement parti d'un maintien de ces actifs dans la masse afin que la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité soit facilitée.

ii) Redressement

28. Dans une procédure de redressement, l'arrêt des poursuites facilite la continuation de l'exploitation de l'entreprise et laisse au débiteur un répit pour organiser ses affaires et du temps pour la préparation et l'approbation d'un plan de redressement ainsi que pour l'adoption d'autres mesures, par exemple, se défaire d'activités non rentables et de contrats constituant une lourde charge, lorsque cela est nécessaire. Comme dans la liquidation, il permet également d'examiner les actions déjà engagées contre le débiteur. Compte tenu des objectifs du redressement, l'arrêt des poursuites a un impact plus grand et, par conséquent, plus important que dans la liquidation et peut inciter fortement les débiteurs à demander l'ouverture d'une telle procédure. D'un autre côté, l'ouverture de la procédure et l'arrêt des poursuites avertissent tous ceux qui traitent avec le débiteur que l'avenir de l'entreprise est incertain, ce qui peut provoquer une crise de confiance et susciter des incertitudes quant aux conséquences que la procédure d'insolvabilité aura pour eux, en tant que fournisseurs, clients et salariés de l'entreprise.

29. Il faudra mettre en balance, d'une part, les avantages immédiats que le débiteur tire d'un arrêt rapide et général des poursuites visant à restreindre les actions des créanciers et, d'autre part, les avantages qu'apporte à plus long terme le fait de limiter l'incidence d'un tel arrêt sur les relations contractuelles entre débiteur et créanciers, en particulier les créanciers garantis.

3. Portée de l'arrêt des poursuites

a) Poursuites arrêtées

30. Certains États adoptent le principe selon lequel, pour être efficace, l'arrêt des poursuites doit avoir une portée très large, c'est-à-dire s'appliquer à toutes

les voies de droit et actions contre le débiteur et ses actifs, qu'elles soient administratives, judiciaires ou extrajudiciaires, et empêcher le débiteur de prendre certaines mesures concernant ses actifs, les créanciers chirographaires comme les créanciers garantis de faire exécuter leurs droits et les pouvoirs publics d'exercer des droits de priorité.

31. L'arrêt pourrait notamment s'appliquer aux actions ou poursuites contre le débiteur ou en rapport avec ses actifs; aux procédures d'exécution concernant ses actifs, y compris l'exécution d'une décision de justice et les actions visant à rendre opposable ou à réaliser une sûreté réelle; à la récupération, par tout propriétaire ou bailleur, de biens qui sont utilisés par le débiteur, occupés par celui-ci ou en sa possession; au paiement d'une dette contractée par le débiteur avant la date d'ouverture de la procédure ou à la constitution d'une sûreté réelle en garantie de cette dette; à toute mesure prise par le débiteur pour transférer des actifs, les grever ou en disposer d'une autre manière (ou éventuellement à l'accomplissement de tels actes en dehors du cours normal des affaires en cas de redressement); à la résiliation par le cocontractant d'un contrat conclu avec le débiteur[9] (sauf lorsque le contrat doit expirer à une date postérieure à celle de l'ouverture); et à la cessation, à la suspension ou à l'interruption de la fourniture de services essentiels au débiteur (par exemple, eau, gaz, électricité et téléphone). L'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale est un exemple de disposition sur l'arrêt des poursuites, qui prévoit que "l'ouverture des actions ou des procédures individuelles visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue" et que "les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues". L'arrêt devrait s'appliquer aux types d'actions individuelles mentionnées ci-dessus, que celles-ci soient engagées devant une juridiction étatique ou un tribunal arbitral[10].

32. Pour ce qui est des formalités d'opposabilité d'une sûreté – qu'il s'agisse de l'inscription, de la publicité ou autre – certaines lois traitant des sûretés réelles fixent un délai pour leur accomplissement, auquel cas la loi sur l'insolvabilité pourrait reconnaître celui-ci, de manière que les sûretés puissent être rendues opposables au débiteur et aux tiers après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, dans le respect toutefois du délai en question. Lorsque la loi ne prévoit pas de délai, l'arrêt des poursuites applicable dès l'ouverture de la procédure aurait pour effet d'empêcher que la sûreté soit rendue opposable. Il faudrait faire une distinction entre la question de savoir si l'accomplissement des formalités d'opposabilité dans le cadre de l'insolvabilité rendrait la sûreté opposable aux tiers et celle de savoir si ces formalités

[9]L'application de l'arrêt des poursuites laisserait au représentant de l'insolvabilité le temps d'évaluer l'importance du contrat pour la procédure et la mesure à prendre, à savoir le poursuivre ou le rejeter.

[10]Il ne sera pas toujours possible, cependant, d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque l'arbitrage a lieu dans un autre État et non dans l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

devraient être ou non autorisées. L'effet dans le cas de l'insolvabilité dépendra de la nature des formalités requises. Par exemple, lorsque l'opposabilité exige une inscription, celle-ci pourrait être autorisée après l'ouverture de la procédure, mais il pourrait en aller autrement si elle exige de la prise de possession d'un actif par le créancier garanti, car il en résulterait une réduction des actifs disponibles pour la masse.

33. La suspension des actions en cours se justifie notamment par le fait que la nécessité pour le représentant de l'insolvabilité de s'impliquer dans ces actions (lorsque le débiteur est dessaisi) risque d'accaparer les ressources dont il a besoin pour administrer la masse. En l'absence d'arrêt des poursuites, un jugement par défaut, par exemple, pourrait être rendu contre le débiteur et servir de fondement à un créancier pour faire valoir une créance dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sans que le représentant de l'insolvabilité ait connaissance de l'action engagée, alors que, si le représentant avait pu se défendre devant le tribunal, l'action aurait pu être abandonnée ou un jugement aurait pu être rendu pour un montant inférieur. Comme la plupart des lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de traitement des créances (déclaration, vérification et admission) et de répartition, les poursuites engagées en rapport avec ces créances en dehors de la procédure d'insolvabilité deviennent superflues. Néanmoins, certaines lois disposent qu'en cas d'arrêt (autrement dit d'interdiction et de suspension) des poursuites contre le débiteur, celles-ci peuvent être engagées ou reprises sur décision du tribunal si cela est jugé nécessaire pour préserver une créance ou pour en établir le montant[11]. On peut obtenir le même résultat en prévoyant que l'arrêt des poursuites entraînera la suspension de tout délai de prescription applicable, de sorte que le créancier aura au moment de la mainlevée de l'arrêt le même droit d'agir contre le débiteur dont il jouissait lorsque l'arrêt a pris effet.

34. D'autres lois sur l'insolvabilité autorisent l'engagement ou la continuation des poursuites (sans l'autorisation du tribunal) mais appliquent l'arrêt pour empêcher l'exécution de toute décision en découlant. Certaines lois prévoient que seules certaines actions, comme celles des salariés contre le débiteur, peuvent être engagées ou poursuivies, mais interdisent toute procédure d'exécution en découlant. Quelques lois font une distinction entre les actions visant à obtenir l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte, par exemple les actions destinées non pas à obtenir le versement d'une somme d'argent au profit de la masse mais à protéger des intérêts généraux vitaux et urgents, par exemple empêcher des activités préjudiciables pour l'environnement ou pour la santé et la sécurité publiques, et les actions pécuniaires. Certaines lois autorisent la poursuite des deux types d'actions,

[11]Le paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, par exemple, dispose que l'interdiction ou la suspension d'actions ou de procédures individuelles contre le débiteur n'affecte pas le droit d'engager des actions ou procédures individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur (voir annexe III).

d'autres uniquement la poursuite des premières. D'un point de vue procédural, quelques lois sur l'insolvabilité limitent les actes et actions susceptibles d'être arrêtés à l'ouverture de la procédure, mais prévoient la possibilité pour le tribunal d'étendre, sur demande, l'arrêt à d'autres types d'actes et actions.

b) Exceptions à l'application de l'arrêt des poursuites

35. À des fins de transparence et de prévisibilité, il est très souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité indique clairement les poursuites qui devront être arrêtées et celles qui ne devront pas l'être, que celles-ci puissent être engagées par des créanciers chirographaires (y compris des créanciers prioritaires, tels que les salariés, les titulaires de privilèges légaux ou les organismes publics), des tiers (tels qu'un bailleur ou un propriétaire de biens en possession du débiteur, ou encore utilisés ou occupés par ce dernier), des créanciers garantis ou d'autres. L'arrêt des poursuites pourrait ne pas s'appliquer notamment: aux droits à compensation (*set-off*) et à la compensation globale (*netting*) de contrats financiers (voir plus bas, par. 204 à 215); aux actions visant à protéger l'intérêt général (par exemple, empêcher la dégradation de l'environnement ou des activités préjudiciables pour la santé et la sécurité publiques); aux actions visant à prévenir les abus, tels que le recours à une procédure d'insolvabilité pour masquer des activités illégales; aux actions intentées pour préserver une créance contre le débiteur; et aux actions contre le débiteur pour préjudice corporel ou aux actions dans le cadre du droit de la famille[12]. Pour ce qui est des actions contre le débiteur pouvant aboutir à l'octroi de dommages-intérêts très élevés, telles que les actions collectives en responsabilité extracontractuelle, il est souhaitable qu'elles soient arrêtées.

c) Créanciers garantis

36. Les droits qui sont touchés par l'arrêt des poursuites varient considérablement selon les lois sur l'insolvabilité. La nécessité de suspendre ou d'interdire les actions des créanciers chirographaires contre le débiteur ou ses actifs n'est guère contestée. L'arrêt des poursuites des créanciers garantis, en revanche, peut être plus délicat et exige de concilier des objectifs concurrents, par exemple, respecter le droit de priorité détenu par les créanciers garantis avant la procédure d'insolvabilité sur les actifs grevés; réduire au minimum l'effet de l'arrêt sur la valeur des actifs grevés; et, le cas échéant, faire en sorte que tous les actifs nécessaires succès du redressement d'une entreprise débitrice viable soient disponibles pour la procédure.

37. Les créanciers demandent généralement une sûreté réelle afin de protéger leurs intérêts en cas de défaillance du débiteur. Logiquement donc, pour que la

[12]Certaines lois, par exemple, n'appliquent pas l'arrêt des poursuites à l'exécution par le débiteur d'obligations qui sont sans conséquence pour la masse, par exemple l'octroi d'un droit de visite dans une affaire relevant du droit de la famille.

sûreté remplisse cet objectif, il ne faudrait pas que l'exécution immédiate par le créancier de ses droits sur l'actif grevé soit retardée ou empêchée une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. Le créancier garanti, après tout, a négocié l'obtention d'une sûreté correspondant à une certaine valeur en garantie de sa créance. C'est pourquoi l'adoption de toute mesure susceptible de rendre incertaines les possibilités de recouvrement par le créancier garanti ou de réduire la valeur des sûretés réelles, telle que l'application de l'arrêt des poursuites pour retarder la réalisation, devra sans doute être soigneusement examinée. Une telle mesure risque, en définitive, non seulement de nuire à l'autonomie des parties dans leurs opérations commerciales et à la nécessité d'honorer les engagements commerciaux, mais aussi de compromettre l'offre de crédit à des taux abordables: les sûretés réelles offrant une protection moindre, il peut être nécessaire d'accroître le prix du crédit pour compenser l'augmentation du risque. Certaines des lois sur l'insolvabilité qui n'appliquent pas l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis s'attachent, à la place, à encourager le débiteur et les créanciers à engager des négociations avant l'ouverture de la procédure pour s'entendre sur la marche à suivre.

i) Redressement

38. De plus en plus de lois sur l'insolvabilité reconnaissent toutefois que, dans de nombreux cas, le fait d'autoriser les créanciers garantis à exécuter librement leurs droits contre l'actif grevé peut aller à l'encontre des principaux objectifs de la procédure d'insolvabilité, en particulier en cas de redressement. C'est pourquoi l'arrêt des poursuites s'applique de plus en plus souvent à eux, sous réserve de certaines protections. On notera que l'acceptation de plus en plus fréquente par les banques et d'autres institutions financières de moratoires dans les négociations volontaires de restructuration menées suivant la "méthode de Londres" par exemple (voir première partie, chap. II, par. 17) peut expliquer en partie le fait que les créanciers garantis acceptent de plus en plus de se soumettre à l'arrêt des poursuites lors de la procédure d'insolvabilité.

ii) Liquidation

39. Les modalités d'application de l'arrêt des poursuites des créanciers garantis dans la procédure de liquidation varient d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. En règle générale, lorsque le représentant de l'insolvabilité a pour mission de récupérer et de réaliser les actifs et d'en répartir le produit entre les créanciers sous forme de dividende, le créancier garanti peut être autorisé à exécuter librement ses droits sur l'actif grevé pour se rembourser sans nuire à la liquidation des autres actifs. Certaines lois sur l'insolvabilité n'appliquent donc pas l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis. Lorsque cette approche est adoptée, une certaine souplesse peut néanmoins être nécessaire dans les cas où l'application de l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis permettrait au représentant de l'insolvabilité d'obtenir davantage de la liquidation et donc de maximiser la valeur des actifs pour l'ensemble des créanciers. Ce sera tout

particulièrement le cas lorsque l'entreprise en liquidation peut être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Cela peut également être vrai dans certains cas où, même si les actifs doivent être vendus séparément, un certain délai est nécessaire pour organiser une vente permettant d'en obtenir le maximum pour l'ensemble des créanciers chirographaires.

40. Lorsque l'arrêt des poursuites s'étend aux créanciers garantis à la fois dans la procédure de liquidation et celle de redressement, une loi sur l'insolvabilité peut comporter des mesures garantissant qu'il ne sera pas porté atteinte à leurs intérêts. Ces mesures peuvent avoir trait à la durée de l'arrêt, à la protection de la valeur des actifs grevés, au paiement d'intérêts et à l'aménagement de l'arrêt lorsque les actifs grevés ne sont pas suffisamment protégés ou qu'ils ne sont pas nécessaires à la cession de la totalité de l'entreprise ou d'une partie de ses unités de production.

4. Application discrétionnaire ou automatique de l'arrêt des poursuites

41. Il faut se demander tout d'abord si les poursuites devraient être arrêtées automatiquement (par effet de la loi sur l'insolvabilité) ou à la discrétion du tribunal. Des considérations de politique locale et des facteurs tels que l'existence d'informations financières fiables ou la possibilité pour le débiteur et les créanciers d'accéder à un organe judiciaire indépendant ayant l'expérience des procédures d'insolvabilité, peuvent faire pencher dans un sens ou dans l'autre. Une application discrétionnaire peut permettre d'adapter l'arrêt des poursuites aux besoins de l'espèce (en ce qui concerne le débiteur, ses actifs et ses créanciers et le moment à partir duquel et la durée pendant laquelle s'applique l'arrêt) et éviter à la fois d'arrêter inutilement les poursuites et de porter inutilement atteinte aux droits des créanciers garantis. Toutefois, cette approche risque de retarder les choses puisqu'il faut attendre que le tribunal examine la question; rend la situation imprévisible pour les créanciers et les tiers dont les poursuites sont susceptibles d'être finalement arrêtées; et peut exiger l'application d'un mécanisme, par exemple des mesures provisoires, pendant la période précédant la décision du tribunal ainsi que l'envoi d'une notification de l'arrêt des poursuites.

42. Une autre approche qui limite les retards, contribue à maximiser la valeur des actifs et garantit le caractère non seulement équitable et ordonné, mais également transparent et prévisible de la procédure d'insolvabilité, serait de prévoir l'arrêt automatique de poursuites spécifiées (au moment soit du dépôt de la demande d'ouverture soit de l'ouverture de la procédure) ainsi que la possibilité pour le tribunal d'arrêter d'autres actions à sa discrétion. C'est cette approche qui a été retenue dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: l'article 20 indique les types de poursuites qui sont arrêtées automatiquement dès la reconnaissance d'une procédure étrangère principale,

tandis que l'article 21 donne des exemples de mesures supplémentaires que le tribunal peut ordonner de manière discrétionnaire dès la reconnaissance de cette procédure. L'arrêt automatique des poursuites est une caractéristique de nombreuses lois modernes sur l'insolvabilité et peut être combiné avec des dispositions permettant de l'aménager dans des cas spécifiés (voir plus bas, par. 60 à 62).

5. Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites

43. Une autre question liée à l'arrêt des poursuites est de savoir à partir de quand il s'appliquera dans le cas tant de la liquidation que du redressement. Il existe essentiellement deux solutions: arrêter les poursuites à compter du dépôt d'une demande d'ouverture ou les arrêter à compter de l'ouverture de la procédure, des mesures provisoires pouvant dans ce cas être appliquées entre le dépôt de la demande et l'ouverture.

a) Spécification du moment exact où prend effet l'arrêt des poursuites

44. Tout d'abord, que les poursuites doivent être arrêtées automatiquement dès le dépôt de la demande ou dès l'ouverture de la procédure, il importe qu'une loi sur l'insolvabilité indique le moment exact auquel l'arrêt prendra effet pour assurer la protection de la masse, en ce qui concerne en particulier les paiements. Plusieurs solutions existent. Dans certaines lois, l'arrêt prend effet à compter du moment où le tribunal décide d'ouvrir la procédure et, dans d'autres, au moment de la publication de cette décision. Dans d'autres lois encore, l'arrêt produit ses effets rétroactivement à compter de la première heure du jour où la décision d'ouverture est prise. Des solutions tout aussi diverses sont adoptées lorsque l'arrêt prend effet à partir du dépôt de la demande. Quelle que soit la solution retenue, la loi sur l'insolvabilité devrait énoncer une règle claire.

b) Application de l'arrêt des poursuites à partir du dépôt d'une demande d'ouverture

45. S'agissant de savoir à partir de quel moment dans la procédure l'arrêt devrait prendre effet, une approche consiste à arrêter les poursuites dès le dépôt d'une demande de liquidation ou de redressement, que cette demande soit formée par un débiteur ou un créancier. Si cette approche peut éviter d'avoir à examiner la possibilité d'appliquer des mesures provisoires ou conservatoires entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure, elle exige cependant que les poursuites soient arrêtées alors que certains éléments de fait – en particulier le point de savoir si le débiteur satisfera aux critères d'ouverture – ne sont pas nécessairement clairs. Pour compenser les risques d'abus, il est souhaitable, si cette approche est adoptée, que la loi sur l'insolvabilité prévoie

des procédures claires pour obtenir rapidement un aménagement de l'arrêt des poursuites.

c) Application de l'arrêt des poursuites à partir de l'ouverture de la procédure

46. L'approche la plus courante consiste à arrêter les poursuites dès l'ouverture de la procédure, lorsque les questions d'admissibilité, de compétence et de respect des critères d'ouverture ont été résolues et qu'il est clair que la demande ne doit pas être rejetée et que la procédure devrait donc être ouverte. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent le prononcé de mesures provisoires couvrant la période entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Si certaines dispositions de la loi sur l'insolvabilité peuvent aussi être utiles pour protéger la masse de l'insolvabilité avant l'ouverture, telles que la réclamation d'actifs, elles ne s'appliquent généralement qu'après.

i) Mesures provisoires

47. Dans certaines lois sur l'insolvabilité qui ne prévoient pas l'ouverture automatique de la procédure lors du dépôt de la demande, l'arrêt des poursuites dès l'ouverture s'accompagne de mesures provisoires qui peuvent être ordonnées entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure pour protéger à la fois les actifs du débiteur qui pourraient constituer la masse de l'insolvabilité et les intérêts collectifs des créanciers. Même si la décision d'ouverture est prise rapidement, il se peut que, pendant ce laps de temps, la situation de l'entreprise débitrice change et que les actifs du débiteur soient dispersés – celui-ci peut être tenté de transférer des actifs hors de l'entreprise et les créanciers, en prenant connaissance de la demande, peuvent intenter une action contre le débiteur pour devancer l'effet de tout arrêt des poursuites susceptible d'être imposé dès l'ouverture de la procédure. L'absence de mesures provisoires dans ces circonstances pourrait compromettre les objectifs de la procédure d'insolvabilité. Ici, comme dans la plupart des cas, les mesures provisoires doivent généralement répondre à un besoin urgent qui doit l'emporter sur le préjudice qu'elles peuvent causer.

48. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'octroi de mesures provisoires, elle devra aussi prévoir leur réexamen périodique et, si nécessaire, leur renouvellement par le tribunal et indiquer ce qu'il advient d'elles une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. Dans de nombreux cas, il ne sera pas nécessaire de continuer à les appliquer après l'ouverture de la procédure, car les mesures applicables dès l'ouverture s'y substitueront. Si, toutefois, ces dernières ne comportent pas de disposition provisoire particulière et que ce type de disposition reste nécessaire après l'ouverture, le tribunal peut dans les cas appropriés proroger les mesures provisoires appliquées avant l'ouverture. Les mesures provisoires prendront également fin lorsqu'une demande d'ouverture est rejetée ou que la décision de les accorder est contestée avec succès.

ii) Types de mesures provisoires

49. Des mesures provisoires peuvent être accordées à la demande du débiteur, des créanciers ou de tiers ou être ordonnées d'office par le tribunal. Elles peuvent consister notamment: à nommer un représentant provisoire de l'insolvabilité ou une autre personne (à l'exclusion du débiteur) chargée d'administrer ou de superviser l'entreprise du débiteur et de protéger les actifs ainsi que les intérêts des créanciers; à interdire au débiteur de disposer des actifs; à prendre le contrôle de tout ou partie de ses actifs; à suspendre la réalisation par les créanciers des sûretés réelles contre le débiteur; à arrêter toute action des créanciers – par exemple d'un créancier garanti ou d'un vendeur réservataire – contre les actifs du débiteur; et à empêcher les créanciers d'engager ou de poursuivre des actions individuelles pour recouvrer leurs créances.

50. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à titre de mesure provisoire, il n'aura probablement pas autant de pouvoirs qu'un représentant de l'insolvabilité nommé à l'ouverture de la procédure et sa tâche se limitera sans doute à protéger les actifs et les intérêts des créanciers. Il peut, par exemple, être habilité à utiliser les actifs du débiteur et à en disposer dans le cours normal des affaires et à réaliser tout ou partie des actifs qui, de par leur nature ou d'autres circonstances, sont périssables, susceptibles de se déprécier ou menacés d'une autre manière, afin d'en protéger et d'en préserver la valeur. En tout état de cause, on devra peut-être déterminer comment les tâches liées à l'exploitation de l'entreprise se répartissent entre le représentant provisoire de l'insolvabilité et le débiteur, en tenant compte du fait qu' il n'a pas été décidé si une procédure d'insolvabilité devait ou non être ouverte. En raison du préjudice énorme que peuvent subir l'entreprise du débiteur ou les droits des créanciers si le tribunal décide finalement de rejeter la demande d'ouverture, il est souhaitable que le tribunal n'exerce son pouvoir d'accorder des mesures provisoires que s'il est convaincu que les actifs du débiteur sont menacés. En règle générale, le débiteur continuerait d'exploiter son entreprise ainsi que d'utiliser les actifs et d'en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

iii) Exigences en matière de preuve

51. Du fait que ces mesures sont provisoires par nature et sont accordées avant que le tribunal ait déterminé si les critères d'ouverture ont été satisfaits, la loi peut exiger qu'il soit prouvé au tribunal que le débiteur a des chances de remplir lesdits critères. Lorsque la mesure provisoire est demandée par une partie autre que le débiteur, celle-ci peut être tenue par le tribunal d'apporter la preuve que la mesure est nécessaire pour préserver la valeur ou éviter la dispersion des actifs du débiteur. En l'espèce, une garantie, sous une forme ou une autre (par exemple sous forme de caution) pour les dépenses, frais ou dommages-intérêts, peut aussi être exigée dans le cas où la procédure

d'insolvabilité ne serait pas ouverte par la suite ou dans celui où la mesure demandée serait préjudiciable à l'entreprise du débiteur. Lorsque les mesures provisoires sont indûment obtenues, il peut être bon d'autoriser le tribunal à imputer les dépenses, frais et dommages-intérêts à la partie ayant demandé les mesures.

iv) Notification de la demande de mesures provisoires et de la décision d'accorder ces mesures

52. La loi sur l'insolvabilité devra peut-être aussi déterminer si une demande de mesures provisoires et une décision d'accorder de telles mesures (y compris le moment auquel ces mesures prennent effet) doivent être notifiées et à quelles parties. En règle générale, le débiteur devrait être avisé d'une telle demande et se voir accorder la possibilité de la contester. Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il est souhaitable de ne pas l'aviser et d'examiner la demande sans débat contradictoire. De nombreuses lois autorisent l'introduction de demandes de mesures provisoires *ex parte* mais le font généralement à condition que le requérant fournisse une garantie pour les dépenses et dommages-intérêts et qu'il puisse démontrer l'urgence des mesures requises, à savoir qu'un préjudice irréparable sera causé si le requérant est tenu de demander lesdites mesures en suivant la procédure habituelle qui exige l'envoi d'une notification longtemps à l'avance[13]. Cependant, une fois que les mesures provisoires ont été ordonnées sans débat contradictoire, le débiteur aurait généralement le droit d'être avisé de la décision et la possibilité d'être entendu. Compte tenu de la nécessité de ne pas porter inutilement préjudice à un débiteur qui ne fait pas ensuite l'objet d'une procédure d'insolvabilité, une décision d'accorder des mesures provisoires devra sans doute être notifiée uniquement aux parties directement concernées par elle. Devront également être avisées les autres parties dont les droits seront touchés par les mesures provisoires demandées.

v) Aménagement des mesures provisoires

53. Un aménagement des mesures provisoires, par exemple leur modification ou leur mainlevée, peut être nécessaire lorsque les intérêts des personnes auxquelles celles-ci s'appliquent sont lésés, notamment dans les cas suivants: marchandises périssables, actions visant à préserver ou à quantifier une créance contre le débiteur et, parfois, créanciers garantis. Cet aménagement ne devra pas pour autant porter préjudice aux intérêts des créanciers dans leur ensemble ou aux actifs du débiteur. Il pourrait être décidé sur demande de la partie concernée ou du représentant de l'insolvabilité ou encore par le tribunal agissant d'office. D'une manière générale, la modification ou la mainlevée des

[13]Voir les travaux de la CNUDCI sur les mesures provisoires ordonnées à l'appui d'un arbitrage (A/CN.9/WG.II/WP.119, dans l'*Annuaire de la CNUDCI 2002*, deuxième partie, à l'adresse http://www.uncitral.org).

mesures provisoires devrait être notifiée à la personne ou aux personnes concernées et la possibilité devrait être donnée à ces dernières d'être entendues. Lorsqu'une décision ordonnant des mesures provisoires a été contestée avec succès, les mesures sont généralement levées ou modifiées par le tribunal.

6. Durée de l'arrêt des poursuites

a) Créanciers chirographaires

54. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent l'arrêt des poursuites aux créanciers chirographaires pendant toute la procédure qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement. En d'autres termes, dans le premier cas, l'arrêt s'appliquerait généralement jusqu'à la liquidation complète des actifs et la clôture de la procédure. Dans le second, la durée n'est pas aussi bien définie. Certaines lois prévoient l'application de l'arrêt jusqu'à ce que le plan de redressement ait été approuvé et prenne effet, et d'autres jusqu'à complète exécution du plan. Il sera peut-être inutile d'appliquer l'arrêt des poursuites jusqu'à complète exécution du plan car ce dernier devrait prendre en compte les créances des créanciers chirographaires.

55. Les créanciers chirographaires peuvent bénéficier d'un aménagement de l'arrêt des poursuites dans des cas particuliers, tels que ceux notés plus haut en ce qui concerne la quantification ou la préservation d'une créance (voir plus haut, par. 33 et 34).

b) Créanciers garantis

i) Redressement

56. Il peut être souhaitable d'appliquer l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis pour une durée suffisante afin d'assurer le bon déroulement du redressement sans que les actifs puissent être dissociés avant que le traitement à leur accorder dans le cadre du redressement ait pu être déterminé et qu'un plan de redressement approprié soit approuvé. Afin de ne pas arrêter les poursuites pour une période indéterminée ou inutilement longue et de favoriser une conclusion rapide de la procédure, il peut être avantageux de limiter l'application de l'arrêt à la durée qui serait raisonnablement nécessaire pour qu'un plan de redressement prenne effet, à condition que cela ne prenne pas trop de temps et que la procédure ne puisse se prolonger pendant des années sans qu'un plan ne soit proposé et approuvé. Une telle limitation peut en outre avoir l'avantage d'offrir aux créanciers garantis un certain degré de sécurité et de prévisibilité quant à la durée pendant laquelle l'exercice de leurs droits sera retardé et au traitement de ces droits dans le plan. Une autre possibilité serait de spécifier une période fixe, ce qui a toutefois un inconvénient: cette période ne sera peut-être pas toujours suffisamment longue, selon l'importance et la

complexité du redressement et du plan requis, et risque d'être difficile à appliquer. Une solution peut être notamment de fixer une durée limite claire, susceptible de prorogation (voir plus bas, par. 58) ou de prévoir un aménagement de l'arrêt des poursuites dans certains cas (voir ci-dessous, par. 60 et 61). Il importe que la loi sur l'insolvabilité soit globalement conçue de manière à favoriser le déroulement rapide et efficace de la procédure et à réduire au minimum la durée pendant laquelle l'arrêt des poursuites sera appliqué aux créanciers garantis, en particulier dans un redressement.

ii) Liquidation

57. En ce qui concerne l'application de l'arrêt des poursuites aux créanciers garantis dans la liquidation, les approches diffèrent d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. Certaines lois appliquent cet arrêt automatiquement dès l'ouverture de la procédure de liquidation, mais seulement pour une courte période, par exemple 30 ou 60 jours, pour laisser le temps au représentant de l'insolvabilité de prendre ses fonctions, d'évaluer l'actif et le passif de la masse et de déterminer le meilleur moyen de liquider les actifs. Lorsqu'un actif grevé est essentiel à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, certaines lois prévoient la possibilité de proroger l'arrêt au-delà de la période spécifiée. En revanche, lorsque l'actif grevé n'est pas nécessaire à la cession de l'entreprise, l'arrêt peut être levé (voir ci-dessous, par. 60). Une autre approche consiste à appliquer l'arrêt aux créanciers garantis pour la durée de la procédure, sauf si un tribunal ordonne un aménagement lorsqu'il peut être démontré que la valeur de l'actif grevé diminue et ne peut être maintenue.

7. Prorogation de l'arrêt des poursuites

58. Comme il est indiqué plus haut, lorsque l'arrêt s'applique pendant une durée spécifiée, la loi peut prévoir sa prorogation. Dans certains pays, la prorogation de l'arrêt a été une pratique courante si bien que les poursuites ont été souvent arrêtées pendant plusieurs années, ce qui a finalement ôté toute raison d'être à la procédure d'insolvabilité et détruit toute valeur qui aurait pu être disponible au début pour les créanciers. Pour éviter cette situation, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des règles claires sur les possibilités de prorogation, en limitant les parties autorisées à la demander et les motifs pour lesquels elle pourrait être accordée. Une prorogation peut être accordée, par exemple, à la demande du représentant de l'insolvabilité s'il peut être démontré qu'elle est nécessaire pour maximiser la valeur (par exemple l'entreprise débitrice ou certaines de ses unités ont des chances raisonnables d'être cédées en vue de la poursuite de l'activité) à condition de ne pas nuire aux intérêts des créanciers garantis. Afin d'offrir une protection supplémentaire et d'éviter que l'arrêt ne soit appliqué pour une période indéterminée ou inutilement longue, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité limite la

durée de la prorogation et, éventuellement, le nombre de fois que l'arrêt peut être prorogé.

8. Protection des créanciers garantis

59. Comme indiqué plus haut, lorsque l'arrêt des poursuites s'applique aux créanciers garantis, une loi sur l'insolvabilité peut prévoir certaines mesures pour protéger leurs intérêts, notamment: limiter la durée de l'arrêt, mais aussi prévoir la mainlevée de l'arrêt et faire en sorte, lorsque le montant de la créance garantie est supérieur ou presque égal à la valeur de l'actif grevé, que cette dernière soit protégée contre toute dépréciation consécutive à l'ouverture de la procédure due à l'utilisation de l'actif ou à l'application de l'arrêt. Ces mesures étant liées entre elles, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité adopte une approche cohérente. Lorsque l'arrêt des poursuites s'applique pendant une courte durée, par exemple, il ne sera probablement pas nécessaire que la loi exige la protection de la valeur des actifs grevés. Lorsque l'arrêt s'applique pendant une longue durée, en revanche, la mainlevée de cet arrêt sera sans doute un moyen plus économique que la protection de la valeur de l'actif, à condition que ce dernier ne soit pas nécessaire à la procédure. On peut aussi protéger plus généralement les intérêts des créanciers garantis, en demandant leur avis sur l'utilisation et la vente des actifs grevés; en versant des intérêts dans la mesure où le produit tiré de l'actif le permet; et en reprenant l'actif lorsque sa valeur est inférieure au montant de la créance garantie. Ces mesures sont examinées dans les sections qui suivent. L'opportunité de mesures visant à protéger la valeur de l'actif grevé devra sans doute être mise en balance avec leur complexité et coût potentiels, notamment l'évaluation, et la nécessité pour le tribunal d'être capable de prendre des décisions commerciales difficiles à propos de cette protection. Lorsqu'une telle protection est prévue, il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des principes directeurs indiquant quand et comment les créanciers titulaires d'une sûreté réelle sous une forme ou une autre sur les actifs du débiteur seraient fondés à bénéficier des types de mesures décrits ci-dessous.

a) Aménagement de l'arrêt des poursuites

60. Dans la procédure de liquidation comme dans celle de redressement, il peut être indiqué d'aménager l'arrêt des poursuites pour les créanciers garantis dans certains cas, notamment lorsque le montant de la créance garantie dépasse la valeur de l'actif grevé; que le créancier garanti n'est pas protégé contre une dépréciation de l'actif grevé; qu'une telle protection n'est pas possible ou serait trop lourde pour la masse; que l'actif grevé n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en liquidation en vue de la poursuite de l'activité; qu'il faut protéger ou préserver la valeur de certains actifs, comme les marchandises périssables; ou que, dans le cadre d'un redressement, aucun plan n'est approuvé dans les délais applicables. Par exemple, le créancier garanti

peut être autorisé à demander au tribunal la mainlevée de l'arrêt ou le représentant de l'insolvabilité (sans l'agrément du tribunal) peut être autorisé à libérer l'actif grevé.

61. Lorsqu'un aménagement de l'arrêt des poursuites est accordé, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir la remise de l'actif grevé au créancier garanti. Cet actif ne fera plus partie de la masse et le créancier sera libre d'exercer ses droits. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité est parfois tenu de décider si l'actif devrait être remis au créancier garanti ou s'il peut être abandonné, car selon l'option choisie, le coût n'est pas le même pour la masse. Par exemple, dans le cas d'un gros équipement, sa remise au créancier peut entraîner des frais de transport pour la masse, alors que son abandon oblige le créancier à payer les frais d'enlèvement.

62. Si les dispositions relatives à l'aménagement de l'arrêt des poursuites visent principalement les intérêts des créanciers garantis, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'un créancier chirographaire peut lui aussi en bénéficier. Il peut être nécessaire d'assouplir l'arrêt par exemple, lorsque les marchandises sont périssables et, dans les cas où la loi sur l'insolvabilité n'autorise ni l'introduction ni la poursuite d'actions individuelles, pour qu'une décision puisse être rendue dans un autre for lorsque la procédure judiciaire y est déjà bien avancée et qu'il serait utile de la mener à terme ou encore pour qu'une action contre un assureur du débiteur puisse être poursuivie.

b) Protection de la valeur

63. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions visant spécifiquement à remédier à l'effet négatif de l'arrêt des poursuites sur les créanciers garantis en maintenant la valeur économique des créances garanties pendant la durée de l'arrêt (certaines lois parlent de "protection adéquate"). Lorsque la masse le permet, il y a plusieurs moyens de maintenir la valeur d'actifs grevés.

i) Protection de la valeur de l'actif grevé

64. Une méthode consiste à protéger la valeur de l'actif grevé lui-même, étant entendu que, lors de la liquidation, le produit de la vente de cet actif sera réparti directement entre créanciers à hauteur de la fraction garantie de leur créance. Cette méthode peut exiger l'adoption d'un certain nombre de mesures.

65. Pendant la durée de l'arrêt, il est possible que la valeur de l'actif grevé diminue. Étant donné qu'au moment de la répartition finale le créancier garanti n'exercera son droit de priorité que sur la valeur de l'actif grevé, cette diminution risque de nuire à ses intérêts. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité devrait protéger les créanciers garantis contre toute dépréciation soit en leur offrant des actifs supplémentaires

ou des actifs de remplacement, soit en leur versant périodiquement une somme correspondant au montant de la dépréciation. Cette solution n'est nécessaire que si la valeur de l'actif grevé est inférieure au montant de la créance garantie. Si la valeur est supérieure, le créancier garanti ne sera lésé par la dépréciation que lorsque cette valeur deviendra insuffisante pour couvrir la créance garantie. Certains États qui préservent la valeur de l'actif grevé suivant les modalités décrites ci-dessus autorisent également le versement d'intérêts pendant la durée de l'arrêt pour compenser le retard imposé par la procédure. Ces intérêts seront néanmoins limités si la valeur de l'actif grevé dépasse le montant de la créance garantie, faute de quoi la compensation pour retard risque de réduire les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires. Cette solution peut encourager les prêteurs à demander des sûretés réelles qui protègent suffisamment le montant de leurs créances.

Évaluation des actifs grevés

66. Au centre de la protection se trouve le mécanisme d'évaluation des actifs grevés qui permet au tribunal de déterminer si et dans quelle mesure les créanciers garantis doivent être protégés contre toute dépréciation pendant la procédure. Cet aspect potentiellement complexe soulève un certain nombre de questions: sur quelle base évaluer les actifs (par exemple valeur d'exploitation ou valeur de liquidation); qui doit les évaluer; et en référence à quelle date compte tenu de l'objectif pour lequel l'évaluation est requise. Dans certains cas, les actifs peuvent avoir été évalués par les parties avant l'ouverture de la procédure et cette évaluation peut encore être valable au moment de l'ouverture. Il peut être nécessaire de faire une évaluation globale peu de temps après l'ouverture afin d'enregistrer l'ensemble de l'actif et du passif et d'établir un bilan net de la situation du débiteur, de manière que le représentant de l'insolvabilité ait quelque idée de la valeur de la masse. Il peut être nécessaire d'évaluer les actifs, en particulier les actifs grevés, dans le courant de la procédure pour déterminer la valeur de la créance garantie (et de toute créance non garantie connexe) ainsi que les questions de protection contre toute dépréciation de cette valeur. Il peut être nécessaire aussi d'évaluer les actifs dans l'optique de la disposition de parties de l'entreprise ou d'actifs particuliers en dehors du cours normal des affaires et lors de l'homologation d'un plan de redressement approuvé pour satisfaire aux exigences applicables. Une question connexe est le coût de l'évaluation et la partie qui devrait le supporter.

67. Certaines lois prévoient que l'évaluation se fait, du moins dans un premier temps, d'un commun accord entre les parties (le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité et le créancier garanti). D'autres prévoient différentes techniques judiciaires. Par exemple, au lieu d'évaluer lui-même les actifs, le tribunal peut indiquer un mode d'évaluation et confier la tâche à des experts compétents. Cette évaluation pourrait s'appuyer sur des principes clairs énoncés dans la loi sur l'insolvabilité. Le tribunal peut aussi, éventuellement après une première estimation du représentant de l'insolvabilité, déterminer la valeur des actifs en

se fondant sur certains éléments de preuve (notamment étude des marchés, situation du marché et témoignages d'experts). Certaines lois exigent une évaluation marchande de l'actif par voie de vente, le prix le plus élevé sur le marché étant obtenu par un appel d'offres ou une vente aux enchères. Cette technique d'évaluation s'applique moins à la protection de la valeur de l'actif grevé ou du montant de la créance garantie qu'à la disposition des actifs de la masse par le représentant de l'insolvabilité.

68. Dans certaines procédures de liquidation, le représentant de l'insolvabilité peut juger nécessaire d'utiliser ou de vendre des actifs grevés (voir plus loin, par. 83 à 86) afin de maximiser la valeur de la masse. Par exemple, dans la mesure où il estime que la valeur de la masse peut être maximisée si l'entreprise continue d'être temporairement exploitée, il souhaitera peut-être vendre des stocks qui sont partiellement grevés. De même, dans une procédure de redressement, il peut avoir tout intérêt à vendre des actifs grevés de même nature pour obtenir les fonds de roulement nécessaires. Ainsi, lorsque la valeur de l'actif grevé est préservée pour protéger les créanciers garantis, il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité la possibilité de fournir au créancier une sûreté réelle de remplacement équivalente, par exemple une garantie sur un autre actif ou sur le produit de la vente de l'actif grevé, ou de verser l'intégralité de la valeur des actifs servant à garantir la créance soit immédiatement soit selon un plan de versement convenu. D'autres approches ont essentiellement trait à l'utilisation du produit de la vente des actifs grevés (voir plus bas, par. 92 et 93). Certaines lois prévoient que le tribunal peut interdire au représentant de l'insolvabilité d'utiliser ce produit dans l'immédiat ou dans l'avenir. D'autres lois accordent aux créanciers garantis un aménagement de l'arrêt des poursuites afin qu'ils exercent leurs voies de droit individuelles en ce qui concerne ce produit ou, lorsque le créancier garanti ou le tribunal n'autorise pas l'utilisation du produit, tiennent l'entreprise débitrice, sa direction ou encore le représentant de l'insolvabilité personnellement responsables du montant du produit ou, considèrent ce dernier comme une dette non susceptible de remise.

ii) Protection du montant de la fraction garantie de la créance

69. Un deuxième moyen de protéger les intérêts des créanciers garantis est de protéger le montant de la fraction garantie de la créance. Dès l'ouverture de la procédure, l'actif grevé fait l'objet d'une évaluation, sur la base de laquelle est déterminé le montant de la fraction garantie de la créance du créancier. Ce montant reste fixe pendant toute la procédure et, lors de la répartition consécutive à la liquidation, le créancier garanti bénéficie d'une créance de premier rang à hauteur de ce montant. Durant la procédure, le créancier garanti pourrait également recevoir le taux d'intérêt contractuel sur la fraction garantie en compensation des retards imposés par la procédure. Cette technique permet d'éviter certaines des difficultés liées à l'évaluation constante des actifs grevés qui peut être nécessaire dans la première méthode décrite plus haut.

9. Restrictions à la disposition des actifs par le débiteur

70. Outre les mesures visant à protéger la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers et des tiers, les lois sur l'insolvabilité prévoient généralement des dispositions destinées à limiter le droit du débiteur de se servir des actifs de la masse (voir plus haut, par. 16). Ces dispositions s'appliqueront généralement après l'ouverture de la procédure mais peuvent, dans certains cas, également s'appliquer entre le dépôt de la demande d'ouverture et l'ouverture elle-même. Par exemple, lorsqu'un représentant provisoire de l'insolvabilité est nommé avant l'ouverture de la procédure à titre de mesure provisoire, le débiteur sera probablement supervisé ou contrôlé par celui-ci et aura généralement des pouvoirs limités sur ses actifs (voir plus haut, par. 50). Dans certaines lois sur l'insolvabilité, ce laps de temps entre dépôt et ouverture n'est prévu que lorsque la demande émane des créanciers, une demande formée par le débiteur entraînant quant à elle automatiquement l'ouverture de la procédure.

71. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à l'ouverture de la procédure, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le débiteur soit sera totalement dessaisi de la masse et sera dans l'incapacité de conclure des opérations après l'ouverture, soit conservera un pouvoir, quoique limité, d'exploiter son entreprise au jour le jour et ne pourra conclure des opérations que dans le cours normal des affaires. Les opérations n'entrant pas dans cette catégorie, comme la vente d'actifs importants réalisée généralement en dehors du cours normal des affaires, peuvent être soumises à autorisation du représentant de l'insolvabilité, du tribunal ou, dans certains cas, des créanciers.

72. Lorsque le débiteur réalise une opération non agréée entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure ou après l'ouverture, tout bien transféré devrait, en règle générale, être restitué au représentant de l'insolvabilité et toute obligation créée serait inopposable à la masse. Des problèmes peuvent toutefois se poser en ce qui concerne le cocontractant, en particulier lorsque celui-ci a conclu l'opération de bonne foi et a donné une contrepartie en échange de ce qu'il a reçu. C'est pourquoi certaines lois sur l'insolvabilité considèrent ces opérations comme valables dans certains cas, par exemple, lorsqu'un bien immeuble a été transféré avant que l'ouverture de la procédure n'ait été notifiée par inscription sur le registre approprié ou lorsqu'un tiers détenant certains actifs du débiteur les a transférés à une autre partie de bonne foi sans savoir qu'une procédure d'insolvabilité avait été ouverte. Tout en servant à protéger un tiers de bonne foi, une telle disposition risque néanmoins de réduire les actifs disponibles pour les créanciers. Aussi est-il souhaitable que, si une telle disposition est insérée dans une loi sur l'insolvabilité, elle soit étroitement limitée. Le délai entre l'ouverture de la procédure et sa notification pouvant être un facteur déterminant dans la réalisation de tels transferts, il est essentiel que l'obligation de notifier l'ouverture se traduise par une notification rapide et effective (voir chap. I, par. 64 à 71).

73. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions d'annulation pour les contrats conclus et les opérations réalisées par le débiteur entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure sans que la loi sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou les créanciers (selon le cas) l'y autorisent et appliquent la période suspecte rétroactivement depuis l'ouverture de la procédure (voir plus bas, par. 188).

Recommandations 39 à 51

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la protection et la préservation de la masse est:

a) D'établir des mesures pour empêcher que la valeur de la masse ne soit réduite par les actions du débiteur, de créanciers ou de tiers;

b) De déterminer la portée de ces mesures ainsi que les actions et les parties auxquelles elles s'appliquent;

c) D'établir comment, quand et combien de temps ces mesures s'appliqueront; et

d) D'établir les motifs justifiant leur aménagement.

Contenu des dispositions législatives

Mesures provisoires[14] *(par. 47 à 53)*

39. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur[15] ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure[16]. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) Confier l'administration ou la supervision de l'entreprise du débiteur, y compris éventuellement le pouvoir d'utiliser des actifs et d'en disposer dans

[14]Le présent texte suit les dispositions correspondantes de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, voir article 19 (annexe III).

[15]Les actifs visés aux alinéas *a)* à *c)* sont uniquement ceux qui entreraient dans la masse de l'insolvabilité une fois la procédure ouverte.

[16]La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer à partir de quand prend effet une décision d'accorder des mesures provisoires, par exemple au moment où la décision est rendue, rétroactivement à partir du début du jour où la décision a été rendue ou à un autre moment précis (voir plus haut, par. 44).

le cours normal des affaires, à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne[17] nommée par le tribunal;

c) Confier la réalisation de tout ou partie des actifs du débiteur à un représentant de l'insolvabilité ou à une autre personne nommée par le tribunal, afin de protéger et préserver la valeur de ces actifs lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, ils sont périssables, susceptibles de se déprécier ou autrement menacés; et

d) Prononcer toute autre mesure du même type que les mesures applicables ou pouvant être prononcées à l'ouverture de la procédure conformément aux recommandations 46 et 48.

Indemnisation en rapport avec les mesures provisoires (par. 51)

40. La loi sur l'insolvabilité peut habiliter le tribunal:

a) À exiger de la personne demandant les mesures provisoires une indemnisation et, s'il y a lieu, le paiement de frais ou droits; ou

b) À imposer des sanctions en rapport avec une demande de mesures provisoires.

Répartition des droits entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité (par. 50, 70 à 73)

41. La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement comment les droits et obligations se répartissent entre le débiteur et tout représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire. Entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure, le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter son entreprise ainsi qu'à utiliser les actifs et à en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

Notification (par. 52)

42. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sauf si le tribunal en limite ou en exclut la nécessité, une notification appropriée doit être adressée aux parties intéressées qui sont concernées:

a) Par une demande de mesures provisoires ou une décision du tribunal d'accorder des mesures provisoires (y compris une demande de réexamen et de modification ou de mainlevée); et

b) Par une décision du tribunal d'accorder des mesures supplémentaires applicables à l'ouverture.

Mesures provisoires ex parte (par. 52)

43. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, s'ils ne sont pas avisés de la demande de mesures provisoires, le débiteur ou une autre partie intéressée touchée par ces mesures ont le droit, s'ils en font la demande d'urgence, d'être entendus rapidement[18] sur le maintien ou non des mesures.

---

[17]Les mots "autre personne" employés dans les alinéas *b)* et *c)* de la recommandation 39 n'englobent pas le débiteur.

[18]Tout délai fixé dans la loi sur l'insolvabilité devrait être bref pour éviter la dépréciation de l'entreprise débitrice.

Modification ou main levée des mesures provisoires (par. 53)

44. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal, agissant d'office ou à la demande du représentant de l'insolvabilité, du débiteur, d'un créancier ou de toute autre personne touchée par les mesures provisoires, peut réexaminer et modifier ou lever ces mesures.

Fin des mesures provisoires (par. 53 et chap. I, par. 63)

45. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures provisoires prennent fin:

a) Lorsque la demande d'ouverture est rejetée;

b) Lorsqu'une décision ordonnant des mesures provisoires est contestée avec succès conformément à la recommandation 43; et

c) Lorsque les mesures applicables à l'ouverture de la procédure prennent effet, sauf si elles sont maintenues par le tribunal.

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure (par. 30 à 34)

46. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[19]:

a) L'engagement d'actions ou de procédures individuelles[20] visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur est interdit et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles sont interdites ou suspendues[21];

c) Les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) Le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu[22]; et

e) Le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu[23].

---

[19]Ces mesures prendraient généralement effet au moment où est rendue la décision d'ouverture.

[20]Voir article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (annexe III). Les actions et procédures individuelles mentionnées à l'alinéa *a)* de la recommandation 46) sont censées englober également les actions devant un tribunal arbitral. Il ne sera pas toujours possible, toutefois, d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque celle-ci se déroule à l'étranger.

[21]Si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise l'accomplissement des formalités d'opposabilité dans un certain délai, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse ce délai et autorise l'accomplissement des formalités en question si la procédure d'insolvabilité est ouverte avant l'expiration desdits délais. Lorsque la loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas de tel délai, l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement des formalités d'opposabilité (pour plus de détails, voir plus haut, par. 32, et *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*).

[22]Voir plus bas paragraphes 114 à 119. Cette recommandation ne vise pas à interdire qu'il soit mis fin à un contrat si celui-ci doit arriver à expiration à une date postérieure à celle de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[23]S'agissant de la limitation du droit de transférer des actifs de la masse, de les grever ou d'en disposer autrement, une exception peut être prévue dans les cas où le débiteur est autorisé à

Exceptions à l'application de l'arrêt des poursuites (par. 35)

47. La loi sur l'insolvabilité peut autoriser des exceptions à l'application des interdictions ou suspensions prévues dans la recommandation 46, auquel cas ces exceptions devraient être clairement indiquées. L'alinéa *a)* de la recommandation 46 ne devrait pas affecter le droit d'engager des actions ou procédures individuelles dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur[24].

Mesures supplémentaires pouvant être prononcées à l'ouverture de la procédure (par. 34)

48. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables à l'ouverture de la procédure[25].

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure (par. 54 à 58)

49. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute cette procédure:

a) Jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal[26];

b) Dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement[27]; ou

c) S'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi[28], à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) Une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

ii) Les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé sur lequel ils détiennent une sûreté réelle.

---

continuer d'exploiter l'entreprise et peut transférer des actifs, les grever ou en disposer autrement dans le cours normal des affaires.

[24]Voir paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et paragraphes 151 et 152 du Guide pour son incorporation dans le droit interne (annexe III). En cas de problème concernant la quantification d'une créance, il peut être demandé au tribunal d'examiner si l'arrêt des poursuites peut être aménagé afin qu'une action ou une procédure puisse être engagée pour trancher la question.

[25]Les mesures supplémentaires pouvant être prononcées seront fonction des types de mesures prévues dans une loi particulière et des mesures, en sus de celles applicables à l'ouverture (comme celles prévues dans la recommandation 46), qui pourraient être appropriées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

[26]L'aménagement devrait être prononcé pour les motifs indiqués dans la recommandation 51.

[27]Un plan peut prendre effet dès son approbation par les créanciers ou après son homologation par le tribunal, selon les conditions posées par la loi sur l'insolvabilité (voir chap. IV, par. 54 et suiv.).

[28]L'arrêt des poursuites ne devrait s'appliquer aux créanciers garantis que pendant une courte période, de l'ordre de 30 à 60 jours, période qui devrait être clairement spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité.

Protection contre la dépréciation des actifs grevés (par. 63 à 69)

50. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

a) De versements en espèces effectués par la masse;

b) De la constitution de sûretés réelles supplémentaires; ou

c) D'autres moyens déterminés par le tribunal.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure (par. 60 à 62)

51. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) L'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;

b) La valeur de l'actif grevé diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et

c) Dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

C. Utilisation et disposition des actifs

1. Introduction

74. Bien qu'en règle générale il soit souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs de la masse et des actifs en possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant). Cela vaudra tout particulièrement pour les procédures de redressement, mais aussi pour les procédures de liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité ou encore lorsque l'entreprise à liquider doit être maintenue pendant une brève période pour maximiser la valeur des actifs, même si ceux-ci doivent être vendus séparément. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité contienne des dispositions sur l'utilisation ou la disposition des actifs (y compris grevés) de la masse et des actifs appartenant à des tiers, fixe les conditions d'utilisation ou de disposition de ces actifs et prévoie la protection des intérêts des tiers propriétaires et des créanciers garantis. Il faudrait généralement aviser l'ensemble des créanciers ou seulement ceux concernés de toute intention de vendre des actifs ou d'en disposer. Lorsque tous les créanciers doivent être informés, cette information peut être transmise par un comité des créanciers mis

en place pour faciliter la procédure (voir chap. III, par. 99 à 112). Il faudra peut-être tenir compte du fait, lorsqu'on élabore de telles dispositions, que d'autres lois peuvent avoir une incidence sur l'utilisation de ces pouvoirs en cas d'insolvabilité. Par exemple, les lois qui refusent aux étrangers le droit de propriété dans certains secteurs de l'économie ou limitent ce droit peuvent avoir pour effet de réduire le prix susceptible d'être obtenu de certains actifs et, partant, les sommes à répartir entre créanciers.

2. Actifs de la masse de l'insolvabilité

a) Cours normal des affaires

75. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les personnes habilitées à décider d'utiliser les actifs de la masse ou d'en disposer et les protections exigées varient selon que l'utilisation ou la disposition interviennent dans le cours normal des affaires[29] de l'entreprise débitrice ou dans d'autres circonstances ("en dehors du cours normal des affaires"). Lorsque le représentant de l'insolvabilité[30] poursuit l'exploitation de l'entreprise du débiteur, soit pour la redresser, soit pour pouvoir le céder en vue de la poursuite de l'activité, il peut prendre des décisions concernant l'utilisation et la disposition de biens dans le cours normal des affaires sans qu'il soit tenu d'en aviser les créanciers ou de demander l'approbation du tribunal. L'utilisation et la disposition en dehors du cours normal des affaires, en revanche, peuvent être soumises à l'approbation du tribunal ou des créanciers. Certaines lois accordent le droit d'utilisation et de disposition à un débiteur sous la supervision ou le contrôle d'un représentant de l'insolvabilité ou à un débiteur non dessaisi. Lorsque les actifs sont grevés d'une sûreté réelle ou font l'objet d'un autre droit (par exemple, un bail), il sera nécessaire de protéger les intérêts économiques du titulaire de la sûreté ou du droit en question.

76. La distinction, dans la loi sur l'insolvabilité, entre les actes de disposition réalisés dans le cours normal des affaires et ceux réalisés en dehors peut faciliter la continuation de l'exploitation de l'entreprise au jour le jour tant dans une procédure de redressement que dans une procédure de liquidation où celle-

---

[29]Ce concept est examiné plus avant dans les développements sur l'action en annulation; voir plus loin, paragraphes 164 à 168. Les définitions du "cours normal des affaires" adoptées par les États mettent l'accent sur des éléments différents. Dans la plupart des cas, toutefois, la définition a pour objet de déterminer ce qui constitue la conduite habituelle des affaires et de permettre à une entreprise de faire des paiements courants et de conclure des contrats courants dans le cadre de son activité, sans que ces opérations courent le risque d'être annulées en cas de procédure d'insolvabilité. Ces opérations courantes pourraient être, par exemple, le paiement du loyer, de services essentiels tels que l'électricité et le téléphone, et peut-être aussi le paiement de fournitures commerciales.

[30]L'exercice de ces droits par le représentant de l'insolvabilité dépend des fonctions que lui confère la loi sur l'insolvabilité et peut être limité, par exemple, lorsqu'il joue le rôle de fiduciaire ou de superviseur. Il dépend aussi de la façon dont les tâches sont réparties entre le débiteur et lui-même après l'ouverture de la procédure, en particulier de redressement.

ci doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité, sans l'inconvénient d'avoir à soumettre la conduite des activités courantes à l'approbation du tribunal. L'obligation de faire approuver les actes de disposition sortant du cadre normal des affaires peut être un moyen de prévenir les abus, tels que les actes de disposition en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Une loi sur l'insolvabilité doit toutefois indiquer clairement ce qu'il faut entendre par "opérations dans le cours normal des affaires" pour éviter les litiges et garantir le déroulement rapide et efficace de la procédure. La vente ou autre acte de disposition des actifs en dehors du cours normal des affaires soulèvent plusieurs questions complexes qui sont examinées plus loin, à savoir la méthode de vente destinée à tirer le maximum des actifs pour la masse; la vente d'actifs grevés en cas de différend sur la validité ou le montant de la créance garantie ou lorsque la vente permet d'accroître la valeur de la masse; l'envoi d'une notification aux parties intéressées et la possibilité pour les acheteurs intéressés de proposer un meilleur prix ou un prix plus élevé; la vente rapide en cas d'actifs périssables; et le droit d'abandonner des actifs sans valeur pour la masse.

77. Certaines lois sur l'insolvabilité établissent également une distinction entre divers types d'actifs et prévoient, pour chacun de ces types, des modalités d'utilisation et des conditions différentes. Des dispositions spéciales peuvent s'appliquer, par exemple, aux actifs périssables ou autres actifs qui se déprécieront s'ils ne sont pas vendus rapidement, aux liquidités ou aux biens possédés conjointement par le débiteur et une autre personne ou aux biens grevés d'une sûreté réelle détenus par le débiteur. Une loi sur l'insolvabilité peut prévoir la possibilité de vendre ces actifs en dehors du cours normal des affaires sans accord préalable des créanciers ou du tribunal.

78. Pour parer à tout risque d'abus des pouvoirs d'utilisation et de disposition ainsi que de détournement par le représentant de l'insolvabilité, il est possible d'énoncer des critères de désignation et d'exiger le versement d'une caution en garantie (solution que de nombreuses lois sur l'insolvabilité ont adoptée – voir aussi chap. III, par. 62), mais également de prendre d'autres mesures relatives à la responsabilité du représentant de l'insolvabilité.

b) Méthodes de vente

79. Lorsque des actifs de la masse doivent être vendus, il importe que, indépendamment de la partie qui sera tenue de superviser la vente, la méthode de vente choisie maximise la valeur pour la masse et que les créanciers soient dûment avisés de la vente, de sorte qu'ils puissent contester celle-ci devant le tribunal s'il s'y opposent. Lorsqu'un comité des créanciers est formé et que la loi sur l'insolvabilité prévoit que les créanciers doivent être consultés sur la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires, l'envoi d'un avis au comité des créanciers, afin de limiter au minimum les coûts et d'éviter tout retard lié à l'envoi d'une notification à tous les créanciers, pourrait satisfaire à

l'exigence de notification de toute vente proposée. Différentes procédures sont adoptées pour la vente des actifs. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que les actifs soient vendus aux enchères, certaines laissant au comité des créanciers ou à un autre représentant des créanciers ou encore au représentant de l'insolvabilité la faculté d'approuver une autre méthode de vente, par exemple par contrat de gré à gré, si elle rapporte plus.

80. Comme indiqué plus haut, certaines lois sur l'insolvabilité donnent le pouvoir de vendre les actifs dans le cours normal des affaires au représentant de l'insolvabilité qui est tenu d'en tirer le meilleur prix pouvant raisonnablement être obtenu au moment de la vente. Certaines de ces lois limitent également le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de choisir la méthode de vente. Lorsque le représentant de l'insolvabilité opte pour une vente de gré à gré au lieu d'une vente aux enchères publiques, la loi peut exiger que la vente soit supervisée par le tribunal ou qu'elle soit approuvée par les créanciers. D'autres lois sur l'insolvabilité attribuent au tribunal un rôle important dans la vente des actifs, celui-ci fixant la date, la forme et les conditions de la vente; le représentant de l'insolvabilité joue un rôle subsidiaire en recueillant les offres et en prenant l'avis des créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité traitent aussi de questions telles que la vente d'actifs à un créancier pour compenser sa créance et la vente d'actifs du débiteur se trouvant en la possession d'un tiers à ce tiers, à un prix du marché raisonnable. Lorsque les actifs risquent de perdre rapidement leur valeur, par exemple lorsqu'ils sont périssables, susceptibles de dépréciation ou menacés d'une autre manière, il peut s'avérer difficile d'aviser les créanciers ou d'obtenir leur approbation ou celle du tribunal dans de brefs délais. Dans ce cas, il peut être souhaitable de prévoir dans la loi que l'approbation préalable n'est pas nécessaire. La vente pourrait être confirmée une fois réalisée mais il ne serait pas possible de l'annuler ou de la modifier (sauf en cas de fraude ou de collusion) en raison de l'insécurité qui en résulterait sur le plan contractuel et de la nature même des actifs qui peut réduire les chances de revente.

81. Même si l'on peut penser qu'une loi sur l'insolvabilité devrait, pour éviter la collusion, expressément interdire une vente à des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, il n'est sans doute pas nécessaire d'interdire absolument ce type de vente, dès lors que celle-ci est convenablement supervisée et soigneusement examinée avant d'être autorisée, pour éviter la fraude et la collusion. Pour cette supervision ou cet examen, il faudra peut-être prévoir des règles plus strictes concernant l'évaluation des actifs et la révélation des relations d'affaires.

82. Lorsqu'il est probable que la vente des actifs dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité rapportera moins que la vente d'actifs similaires aux conditions normales du marché, une loi sur l'insolvabilité peut prévoir un certain nombre de mesures procédurales de protection pour assurer l'équité, la maximisation du prix de vente ainsi que la transparence et une large publicité

des actes de disposition. Ces mesures de protection peuvent consister notamment: à aviser les créanciers et les acheteurs potentiels de sorte que l'information ait des chances de venir à la connaissance des parties intéressées; à autoriser les créanciers à soumettre leurs objections ou leurs problèmes (soit au représentant de l'insolvabilité soit au tribunal, selon qu'il convient); à exiger que les actifs soient évalués par des professionnels objectifs et indépendants (en particulier dans le cas de biens immeubles et de biens spécialisés); et, en cas de vente aux enchères, à exiger une présélection des enchérisseurs et des prix minimums, s'il y a lieu, et à prévenir et sanctionner la collusion entre enchérisseurs.

c) Utilisation ou disposition d'actifs grevés

83. Une loi sur l'insolvabilité devra traiter la question de l'utilisation ou de la disposition (y compris par constitution d'une nouvelle sûreté) des actifs grevés et, en particulier, indiquer si le représentant de l'insolvabilité ou le créancier garanti sera habilité à vendre ces actifs. Dans une large mesure, l'approche adoptée diffère selon que la loi sur l'insolvabilité inclut ou non les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité: dans la négative, le créancier garanti sera généralement libre de réaliser sa sûreté réelle; dans l'affirmative, l'approche varie d'une loi à l'autre. Dans certains cas, elle dépend de l'application d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité, telles que celles relatives à l'arrêt des poursuites (pendant l'arrêt seul le représentant de l'insolvabilité peut disposer des actifs), ainsi que des lois autres que la loi sur l'insolvabilité, et de la possibilité ou non de vendre des actifs grevés libres de tout droit réel. L'approche retenue peut aussi dépendre de la nature de la vente proposée: vente des actifs séparément ou dans le cadre de la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple, prévoient que seul le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer des actifs grevés tant en cas de liquidation qu'en cas de redressement. D'autres comportent des dispositions différentes selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement; le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer des actifs en cas de redressement, mais en cas de liquidation, ce pouvoir sera limité dans le temps. À l'expiration de la période d'exclusivité accordée au représentant de l'insolvabilité, le créancier garanti pourra exercer ses droits. Quelle que soit l'approche adoptée, une loi sur l'insolvabilité devrait exiger que les créanciers garantis soient avisés de tout acte de disposition proposé et que la possibilité leur soit donnée de s'y opposer. Toutefois, lorsque le montant de la créance garantie est supérieur à la valeur de l'actif ou que l'actif n'est pas nécessaire pour la procédure, le représentant de l'insolvabilité peut être autorisé à renoncer à l'actif grevé en faveur du créancier garanti sans notification.

84. Une loi sur l'insolvabilité devrait aussi énoncer les conditions (notamment notification et possibilité pour les créanciers garantis existants de s'opposer) pour la constitution d'une nouvelle sûreté réelle sur des actifs déjà grevés, la plus courante d'entre elles étant que le créancier garanti existant ait la priorité

sur tout nouveau créancier garanti pour la fraction garantie de sa créance (voir plus bas, par. 103 et 104).

d) Faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre des actifs libres de tout droit réel

85. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs de la masse libres de tout droit réel, y compris de sûretés réelles, sous certaines conditions. Il faudra, par exemple, que la vente soit permise par les lois autres que la loi sur l'insolvabilité; que le titulaire du droit réel soit avisé de la vente proposée et y consente; que le prix de vente soit supérieur à la valeur de la sûreté réelle; que le titulaire de la sûreté réelle puisse être contraint (dans une autre procédure judiciaire) d'accepter des espèces ou une sûreté de remplacement équivalente à titre de désintéressement; et que la priorité des droits réels sur le produit de la vente soit préservée. Certaines lois prévoient également que si le titulaire de la sûreté réelle ne consent pas à la vente, le représentant de l'insolvabilité peut demander au tribunal d'autoriser celle-ci. Cette autorisation sera accordée à condition que le tribunal soit convaincu, par exemple, que le représentant de l'insolvabilité a raisonnablement fait diligence pour obtenir le consentement; que la vente est dans l'intérêt du débiteur et de ses créanciers; et qu'elle ne portera pas gravement préjudice au titulaire du droit réel. Même en cas d'autorisation du tribunal, si le prix proposé pour l'actif était insuffisant, la loi pourrait permettre au titulaire de la sûreté réelle d'obtenir la différence pour protéger son droit réel.

86. Autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs libres de tous droits réels présente certains avantages: la vente d'actifs grevés de tels droits risque de rapporter bien moins et d'apporter beaucoup d'incertitude à l'acheteur. Lorsque les actifs grevés sont revendiqués par plusieurs parties à la fois (par exemple propriétaire, bailleur ou titulaire d'un privilège), cette possibilité donnée au représentant permet de vendre les actifs (lorsqu'ils ne sont pas uniques) sans attendre que le litige entre les revendiquants soit réglé, ceux-ci pouvant ensuite contester la répartition du produit de la vente.

e) Actifs communs

87. Lorsque des actifs appartiennent, sous une forme quelconque de propriété conjointe ou de copropriété, au débiteur et à une autre personne, différentes approches peuvent être adoptées concernant la disposition des droits réels de la masse. Si la division des actifs entre le débiteur et le copropriétaire aux fins d'exécution est permise, généralement par des lois autres que la loi sur l'insolvabilité, le droit réel revenant à la masse peut être vendu sans que cela ait d'incidence pour le copropriétaire. Certaines lois sur l'insolvabilité, toutefois, autorisent le représentant de l'insolvabilité à vendre à la fois le droit réel revenant à la masse et celui du copropriétaire lorsque certaines conditions sont remplies. Ces conditions peuvent être, notamment, que la division des biens

entre la masse et le copropriétaire soit impossible; que la vente séparée rapporte beaucoup moins à la masse qu'une vente globale des biens libres des droits réels du copropriétaire; et que les avantages pour la masse d'une telle vente l'emportent sur le préjudice que pourrait subir le copropriétaire. Une loi sur l'insolvabilité peut également donner au copropriétaire une possibilité ou un droit d'acheter le droit réel du débiteur avant que la vente à une autre partie ne soit menée à terme. Comme noté plus haut (par. 20 et 21), la disposition de ces actifs dans le cadre de l'insolvabilité peut dépendre de l'application des lois autres que la loi sur l'insolvabilité.

f) Actifs constituant une charge, actifs sans valeur et actifs difficilement réalisables

88. Il peut être conforme à l'objectif de maximisation de la valeur et de réduction des coûts de la procédure d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à renoncer au droit réel de la masse sur certains actifs, y compris des terrains, actions, actifs grevés de sûretés réelles valables, contrats, etc., lorsque celui-ci estime que la renonciation est dans l'intérêt de la masse et qu'en outre un créancier garanti obtient un aménagement de l'arrêt des poursuites. L'exercice de ce pouvoir peut être soumis à l'approbation du tribunal et à certaines conditions, à savoir, notamment, qu'il ne porte pas atteinte à des intérêts généraux supérieurs pouvant exister, par exemple lorsque l'actif est dangereux pour l'environnement ou pour la santé et la sécurité publiques. Une loi sur l'insolvabilité devra peut-être aussi préciser qui est habilité à revendiquer les actifs auxquels le représentant a renoncé. La renonciation peut se justifier notamment dans les situations suivantes: lorsque les actifs n'ont pas de valeur ou ont une valeur insignifiante pour la masse (par exemple, la valeur de la sûreté réelle est supérieure à celle de l'actif grevé); lorsque leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient leur valeur de réalisation ou engendrerait une obligation lourde ou une obligation de paiement; ou lorsque les actifs sont invendables ou difficilement vendables par le représentant de l'insolvabilité, du fait par exemple qu'ils sont uniques ou n'ont pas de marché ou de valeur marchande évidents. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité renonce à un actif en faveur d'un créancier garanti, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir que la valeur de cet actif est retranchée du montant de la créance du créancier garanti. Les créanciers devraient être avisés de toute proposition du représentant de l'insolvabilité de renoncer à des actifs et pouvoir s'y opposer.

g) Créances de sommes d'argent

89. Lorsque la masse comprend des créances de sommes d'argent (droit contractuel du débiteur au paiement d'une somme d'argent), le fait que le représentant de l'insolvabilité soit habilité à céder ce droit peut permettre d'obtenir une contrepartie ou un crédit pour la masse. Différentes approches de la question de la cession de créances dans le contexte de l'insolvabilité sont

adoptées (voir plus loin, par. 139 à 142). Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres renvoient la question au droit commun des contrats. Si le contrat comporte une clause d'incessibilité, il ne peut être cédé sans l'accord des parties au contrat initial. Certaines lois prévoient également que si la partie au contrat initial ne donne pas son consentement à la cession, le représentant de l'insolvabilité pourra céder le contrat avec l'autorisation du tribunal s'il peut être démontré que cette partie s'oppose sans raison valable. Cette approche va dans le sens de celle qui a été adoptée à l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[31].

3. Actifs appartenant à des tiers

90. Dans certains cas d'insolvabilité, des actifs appartenant à des tiers, à l'instar des actifs grevés, peuvent être indispensables au maintien de l'entreprise, en particulier dans le cadre d'un redressement mais aussi, dans une moindre mesure, dans certaines procédures de liquidation où l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Dans ces cas, il sera avantageux pour la procédure d'insolvabilité qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette l'utilisation continue de ces actifs. Certaines lois traitent cette question dans le cadre des dispositions indiquant les types d'actifs devant entrer dans la masse de l'insolvabilité (voir plus haut, par. 10 à 12 et 17) et pouvant donc être utilisés par le représentant de l'insolvabilité. Il est à noter qu'aux fins du *Guide législatif*, les droits du débiteur sur des actifs appartenant à des tiers sont considérés comme des actifs. D'autres lois abordent la question de l'utilisation dans le cadre des dispositions relatives au traitement des

---

[31]Article 9. Limitations contractuelles de la cession

"1. La cession d'une créance a effet nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une telle convention, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

3. Le présent article s'applique uniquement aux cessions de créances:

a) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

c) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

d) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties."

contrats, lorsque le débiteur est en possession de l'actif en vertu d'un arrangement contractuel. Elles peuvent, par exemple, limiter le droit de mettre fin audit arrangement (voir plus bas, par. 114 à 119) ou encore empêcher le propriétaire de revendiquer ses actifs en cas d'insolvabilité (du moins sans l'approbation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité) pendant une durée limitée après l'ouverture de la procédure en appliquant un arrêt des poursuites.

91. Lorsque des actifs appartenant à des tiers sont utilisés dans la procédure d'insolvabilité, une loi sur l'insolvabilité devra envisager de protéger les droits réels du propriétaire contre toute dépréciation des actifs, de la même manière que la valeur des actifs grevés est protégée contre toute diminution (voir plus haut, par. 63 à 69). Il est souhaitable que la masse paie les créances nées de l'utilisation continue de l'actif en tant que dépense afférente à l'administration de la procédure (voir plus bas, par. 131).

4. Traitement du produit en espèces

92. Lorsque des actifs grevés "liquides" (autrement dit des actifs grevés, tels que des stocks, aisément convertibles en espèces) sont vendus pendant la procédure d'insolvabilité, la plupart des lois prévoient qu'un créancier garanti ayant un droit réel sur ces actifs conserve un droit réel équivalent sur toutes espèces obtenues de la disposition desdits actifs.

93. Ce produit en espèces peut constituer pour la masse de l'insolvabilité une source importante de financement durant la procédure d'insolvabilité, en particulier en cas de redressement, et peut être utilisé à diverses fins liées à l'exploitation de l'entreprise, telles que payer l'électricité et d'autres services. Deux possibilités s'offrent généralement au représentant de l'insolvabilité: soit le produit en espèces peut être utilisé avec le consentement du créancier garanti concerné suivant les modalités convenues entre les parties soit, après notification des créanciers concernés, le débiteur peut demander au tribunal d'approuver l'utilisation du produit. En général, le tribunal devra se renseigner sur un certain nombre d'éléments avant de donner son autorisation: la sûreté réelle constituée et la valeur du bien grevé; le risque couru par le créancier garanti; et l'existence de mesures suffisantes pour protéger la valeur économique de la créance garantie (voir plus haut, par. 63 à 69).

Recommandations 52 à 62

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant l'utilisation et la disposition d'actifs est:

a) D'autoriser l'utilisation et la disposition d'actifs, y compris d'actifs grevés, dans la procédure d'insolvabilité et de spécifier les conditions de leur utilisation et disposition;

b) D'autoriser l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers et de spécifier les conditions de cette utilisation;

c) De fixer les limites des pouvoirs d'utilisation et de disposition;

d) De notifier aux créanciers l'utilisation et la disposition proposées, s'il y a lieu; et

e) De prévoir le traitement des actifs constituant une charge.

Contenu des dispositions législatives

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer (par. 74)

52. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser:

a) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) dans le cours normal des affaires, à l'exception du produit en espèces; et

b) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 55 et 58.

Constitution d'une nouvelle sûreté réelle sur des actifs grevés (par. 84)

53. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté réelle, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 65 à 67.

Utilisation d'actifs appartenant à des tiers (par. 90 et 91)

54. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que les droits des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier et à l'utilisation des actifs soient assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Procédure de notification des actes de disposition (par. 82)

55. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers reçoivent dûment notification de tout acte de disposition effectué en dehors du cours normal des affaires[32] et qu'ils ont la possibilité d'être entendus par le tribunal.

56. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les enchères publiques sont notifiées de manière à ce que l'information ait des chances de venir à la connaissance des parties intéressées.

---

[32]Lorsque les actifs sont grevés ou soumis à d'autres droits réels, la recommandation 58 s'applique aussi.

Méthodes générales de vente (par. 79 à 82)

57. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier des méthodes de vente en dehors du cours normal des affaires qui permettront de tirer le meilleur prix des actifs vendus dans le cadre de la procédure d'insolvabilité et autoriser à la fois les enchères publiques et les ventes de gré à gré.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes sûretés et autres droits réels (par. 85 et 86)

58. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d'autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits en dehors du cours normal des affaires, à condition:

a) Qu'il notifie la vente proposée aux titulaires des sûretés ou autres droits réels;

b) Que les titulaires aient la possibilité d'être entendus par le tribunal s'ils s'opposent à la vente proposée;

c) Qu'aucun aménagement de l'arrêt des poursuites n'ait été prononcé; et

d) Que la priorité des droits sur le produit de la vente des actifs soit préservée.

Utilisation du produit en espèces (par. 92 et 93)

59. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser le produit en espèces et à en disposer si:

a) Le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle sur ce produit en espèces consent à cette utilisation ou disposition; ou

b) Le créancier garanti a été avisé de l'utilisation ou de la disposition proposées et eu la possibilité d'être entendu par le tribunal; et

c) Les droits du créancier garanti seront protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.

Ventes d'urgence (par. 77 et 80)

60. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser les ventes d'urgence en dehors du cours normal des affaires, lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, les actifs sont périssables, susceptibles de se déprécier ou autrement menacés. Elle peut prévoir que l'approbation préalable du tribunal ou des créanciers n'est pas nécessaire dans ce cas.

Disposition d'actifs en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (par. 81)

61. La loi sur l'insolvabilité devrait exiger que tout acte de disposition qu'il est proposé d'effectuer en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur soit attentivement examiné avant d'être autorisé.

Actifs constituant une charge (par. 88)

62. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider du traitement des actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut l'autoriser à renoncer à de tels actifs après que

les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

D. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Besoin d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

94. L'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Dans certains cas, le débiteur peut déjà disposer d'actifs liquides suffisants, sous forme d'espèces ou d'autres actifs convertibles en espèces (tels que le produit attendu de créances de sommes d'argent) pour couvrir ces dépenses. Dans d'autres, il peut financer celles-ci sur la trésorerie dont il dispose grâce à l'arrêt des poursuites et à la cessation des paiements concernant les obligations antérieures à l'ouverture de la procédure. Lorsqu'il ne peut pas faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, il devra obtenir des fonds auprès de tiers, qui peuvent prendre la forme d'un crédit commercial consenti par des vendeurs de biens et de services, de prêts ou d'autres financements accordés par des prêteurs.

95. Pour assurer la continuité de l'entreprise, si tel est l'objectif de la procédure, il est éminemment souhaitable que le besoin d'un nouveau financement soit déterminé à un stade précoce, voire, dans certains cas, pendant la période entre le dépôt de la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure. La possibilité d'obtenir un nouveau financement sera également importante pour le redressement entre l'ouverture de cette procédure et l'approbation du plan; en règle générale, la question de l'obtention d'un financement après l'approbation du plan devrait être traitée par celui-ci, en particulier lorsque la loi interdit de contracter de nouveaux emprunts à moins que le plan n'en reconnaisse la nécessité.

96. Bien qu'il puisse être bénéfique pour l'issue de la procédure que le débiteur soit en mesure d'obtenir de nouveaux fonds, un certain nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement, créant ainsi une certaine insécurité. Dans certaines lois, par

exemple, un nouveau financement ne peut être accordé que contre constitution d'une sûreté réelle, car il est interdit de lui appliquer un droit de préférence. Faute d'actifs non grevés ou partiellement grevés, qu'il pourrait proposer comme sûreté ou avec lesquels il pourrait payer une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure, le débiteur aura peu de possibilités. Il n'aura pas de nouveau financement, à moins que le prêteur ne soit disposé à prendre le risque d'octroyer un prêt sans garantie ou qu'un tel prêt puisse être obtenu de sources telles que la famille ou des sociétés du groupe. À défaut de dispositions dans la loi sur l'insolvabilité qui l'autorisent ou en précisent les modalités, l'octroi d'un financement avant l'ouverture de la procédure peut aussi entraîner des problèmes délicats, comme l'application de pouvoirs d'annulation et l'engagement de la responsabilité tant du prêteur que du débiteur. Ainsi, certaines lois prévoient que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable pendant cette période, il peut être responsable de toute augmentation des créances des autres créanciers ou que l'avance sera susceptible d'annulation dans toute procédure d'insolvabilité subséquente. Dans d'autres lois, le représentant de l'insolvabilité est tenu d'emprunter l'argent, mais risque d'engager sa responsabilité personnelle concernant le remboursement.

97. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité encourage le recours à une procédure qui permette à l'entreprise insolvable de continuer à fonctionner, qu'il s'agisse d'un redressement ou d'une liquidation où l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité, il est indispensable d'aborder la question d'un nouveau financement et d'en examiner les difficultés, telles que celles qui sont exposées ci-dessus. Une loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, l'autoriser et accorder la priorité à son remboursement ou garantir celui-ci par la création d'une sûreté réelle. La question majeure réside dans la portée d'une telle faculté et, notamment, dans les mesures pouvant être prévues pour inciter un créancier potentiel à prêter de l'argent. Dans la mesure où la solution adoptée a un impact sur les droits des créanciers garantis antérieurs ou des titulaires d'un droit réel sur les actifs établis antérieurement, il est souhaitable que les dispositions relatives au financement postérieur tiennent compte d'un certain nombre de facteurs, par exemple de la nécessité générale de respecter les accords commerciaux; de protéger les droits et priorités antérieurs des créanciers; et de réduire au minimum tout effet préjudiciable sur l'offre de crédit, en particulier de financement garanti, qui risquerait de résulter d'une modification de ces droits et priorités. Il importe également d'examiner l'impact sur les créanciers chirographaires qui risquent de voir les actifs non encore grevés disparaître pour garantir de nouveaux prêts et de se retrouver sans rien à se répartir, en particulier si le redressement vient à échouer. Ce risque doit être mis en balance avec la perspective pour ces créanciers de tirer parti de la préservation de la valeur d'exploitation grâce à la poursuite de l'activité de l'entreprise.

98. Outre les questions de disponibilité de nouveaux prêts et de priorité ou de sûreté réelle dont ils peuvent faire l'objet, une loi sur l'insolvabilité devra

examiner l'autorisation nécessaire pour leur obtention (voir plus bas, par. 105 et 106) et, lorsque le redressement échoue et que la procédure est convertie en liquidation, le sort des fonds qui ont pu être avancés avant la conversion (voir plus loin, par. 107).

2. Sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

99. Les sources de financement postérieur à l'ouverture de la procédure sont peu nombreuses. Peuvent apporter un financement: d'une part, les prêteurs ou les vendeurs de biens d'avant l'insolvabilité qui sont en relation continue avec le débiteur et son entreprise et qui peuvent avancer d'autres fonds ou accorder un crédit commercial pour accroître les chances de recouvrement de leurs créances existantes et éventuellement obtenir une valeur supplémentaire en raison des taux supérieurs appliqués aux nouveaux prêts et, d'autre part, des personnes qui n'avaient pas de relations avec l'entreprise avant l'insolvabilité et dont la seule motivation est probablement la possibilité de rendements élevés. L'incitation pour les uns comme pour les autres est la certitude qu'un traitement spécial sera accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Pour les prêteurs antérieurs, il existe d'autres incitations, comme la continuité de la relation avec le débiteur et son entreprise, l'assurance que les conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure ne seront pas changées et, dans certaines lois, le risque, s'ils ne fournissent pas de financement postérieur à l'ouverture, d'être primés par un prêteur qui, lui, le fournit.

3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure: octroi d'une priorité ou d'une sûreté réelle

100. Il y a différents moyens d'attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et d'en garantir le remboursement. Les crédits commerciaux ou les dettes contractés par un représentant de l'insolvabilité (ou un débiteur non dessaisi) dans le cours normal des affaires peuvent être traités automatiquement comme une dépense afférente à l'administration de la procédure. Lorsque le crédit ou l'endettement sont essentiels pour maximiser la valeur des actifs et qu'ils ne peuvent normalement être assimilés à une telle dépense ou doivent être contractés en dehors du cours normal des affaires, le tribunal peut décider qu'ils seront traités comme une dépense d'administration, qu'ils bénéficieront d'une superpriorité primant d'autres dépenses afférentes à l'administration ou qu'ils seront garantis par une sûreté réelle constituée sur des actifs non grevés ou partiellement grevés.

a) Établissement d'une priorité

101. Lorsque l'entreprise du débiteur continue de fonctionner après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, soit pour être redressée soit pour que sa valeur soit préservée aux fins d'une cession en vue de la poursuite de l'activité, les

dépenses engagées pour son exploitation sont généralement assimilées, dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure. Les titulaires de ce type de créances détiennent une priorité d'administration. Ils ne priment toutefois pas les créanciers garantis, en ce qui concerne leurs sûretés réelles, mais prennent habituellement rang devant (voir chap. V, par. 45 à 47 et 66) les créanciers chirographaires ordinaires et devant tous les créanciers bénéficiant d'un privilège légal, comme le fisc ou les organismes de sécurité sociale. Les fournisseurs de biens et de services ne continueraient à fournir à crédit ces biens et services au représentant de l'insolvabilité que s'ils pouvaient raisonnablement s'attendre à être désintéressés avant les créanciers chirographaires antérieurs à l'ouverture de la procédure. Dans certains cas, cette priorité est donnée au motif que le nouveau crédit ou prêt est accordé au représentant de l'insolvabilité, et non au débiteur, et devient donc une dépense de la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent l'approbation du crédit ou du prêt par le tribunal ou les créanciers, tandis que d'autres prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut obtenir le crédit ou le financement nécessaire sans cette approbation. Sa responsabilité personnelle peut alors être engagée dans une certaine mesure, ce qui ne l'incite guère, lorsque c'est le cas, à rechercher de nouveaux financements.

102. D'autres lois sur l'insolvabilité accordent une "superpriorité" d'administration si le crédit ou le financement ne peut être consenti du fait qu'il est assimilé à une créance afférente à l'administration de la procédure qui est traitée *pari passu* avec d'autres créances du même type, telles que la rémunération du représentant de l'insolvabilité ou du professionnel auquel il a été fait appel. Cette superpriorité prime les créances afférentes à l'administration de la procédure.

b) Constitution d'une sûreté réelle

103. Lorsque le prêteur exige une sûreté réelle, celle-ci peut être constituée sur des actifs non grevés mais peut aussi l'être sur des actifs déjà grevés, lorsque leur valeur dépasse suffisamment le montant de l'obligation garantie préexistante. Dans le second cas, la sûreté sera de rang inférieur et les créanciers garantis antérieurs n'auront généralement besoin d'aucune protection particulière, du fait que leurs droits ne seront pas lésés, sauf si les circonstances changent par la suite (par exemple si la valeur des actifs grevés commence à s'éroder), et qu'ils conserveront leur priorité antérieure à l'ouverture sur les actifs grevés, à moins qu'ils n'en conviennent autrement. Les seuls actifs non grevés pouvant servir à garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure seront souvent ceux récupérés par le biais d'une action en annulation. Toutefois, la constitution de sûretés sur ce type d'actifs pose problème dans certaines lois sur l'insolvabilité et n'est pas autorisée.

104. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'un nouveau prêt peut bénéficier d'une certaine priorité (parfois appelée "privilège") sur les créanciers garantis antérieurs. Dans les États qui autorisent ce type de priorité, les tribunaux de l'insolvabilité tiennent compte du risque qu'il représente pour ces créanciers et ne l'accordent qu'avec réticence et en dernier recours. L'octroi de cette priorité peut être soumis à certaines conditions, notamment: que les créanciers garantis concernés en soient avisés et que la possibilité leur soit donnée d'être entendus par le tribunal; que le débiteur prouve qu'il ne peut obtenir le financement nécessaire sans cette priorité; que les créanciers bénéficient d'une protection contre toute diminution de la valeur économique des actifs grevés, y compris par une valeur suffisante de la fraction non grevée des actifs. Certains systèmes juridiques proposent toutes ces options (priorité, superpriorité, sûreté réelle et privilège) pour attirer un nouveau financement postérieur à l'ouverture de la procédure. En règle générale, la valeur économique des droits des créanciers garantis antérieurs devrait être protégée, pour leur éviter tout préjudice, au besoin, comme cela est indiqué plus haut (voir par. 63 à 69) par des versements périodiques ou par la constitution de sûretés sur d'autres actifs se substituant aux actifs susceptibles d'être utilisés par le débiteur ou d'être grevés pour obtenir un nouveau prêt.

4. Autorisation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

105. Il peut être souhaitable de lier la question de l'autorisation au préjudice qui risque de résulter, ou à l'avantage susceptible de découler, de l'octroi d'un nouveau financement. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité permettent au représentant de l'insolvabilité (ou, le cas échéant, au débiteur non dessaisi) de déterminer si un nouveau financement est nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise, ou pour la préservation ou l'augmentation de la valeur de la masse et d'obtenir un crédit non garanti sans l'approbation du tribunal ou des créanciers. D'autres exigent une telle approbation dans certaines circonstances. Étant donné qu'un nouveau financement peut être nécessaire de façon assez urgente pour assurer la continuité de l'entreprise, il est souhaitable que le nombre d'autorisations exigées soit maintenu au minimum. Une loi sur l'insolvabilité peut adopter une approche hiérarchique concernant l'autorisation requise, selon la sûreté ou la priorité à fournir et le montant du crédit ou du financement à obtenir. Bien qu'en général le fait d'exiger l'intervention du tribunal puisse contribuer à promouvoir la transparence et à donner des assurances supplémentaires aux prêteurs, le représentant de l'insolvabilité sera souvent mieux à même d'évaluer la nécessité d'un nouveau financement. De même, lorsque les créanciers garantis consentent à ce que le traitement de leurs sûretés réelles soit revu, l'autorisation du tribunal peut ne pas être exigée. En tout état de cause, le tribunal ne pourra généralement fonder sa décision sur d'autres avis ou informations que ceux fournis par le représentant de l'insolvabilité.

106. La constitution d'une sûreté sur des actifs non grevés ou partiellement grevés ne devrait pas, en général, être soumise à l'approbation du tribunal. Lorsque la loi sur l'insolvabilité établit le niveau de priorité pouvant être généralement accordé, par exemple en donnant une priorité d'administration, l'approbation du tribunal peut ne pas être requise. Si cette approbation était jugée souhaitable, une solution intermédiaire pourrait consister à fixer un seuil monétaire au-delà duquel elle serait exigée. Toutefois, lorsque la sûreté ou la priorité à accorder a une incidence sur les droits, par exemple, des créanciers garantis antérieurs, et que ceux-ci s'opposent à ce qui est proposé, l'approbation du tribunal devrait être exigée.

5. Effets de la conversion

107. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que toute sûreté constituée ou priorité accordée à l'occasion d'un nouveau prêt peut être annulée dans une liquidation subséquente et entraîner une responsabilité pour retard de l'ouverture de cette procédure et pour préjudice potentiel aux créanciers. Cette approche risque de dissuader d'engager un redressement. Une approche plus souhaitable peut être de prévoir que les créanciers ayant obtenu une priorité en échange d'un nouveau financement conserveront celle-ci dans toute liquidation ultérieure. Selon une autre approche encore, la priorité sera reconnue dans une liquidation ultérieure, mais ne se verra peut-être pas accorder le même rang et pourra, par exemple, venir après les créances afférentes à l'administration de la liquidation ou être traitée *pari passu* avec elles.

Recommandations 63 à 68

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure est:

a) De faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des actifs entrant dans la masse;

b) D'assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure; et

c) D'assurer une protection appropriée aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence.

Contenu des dispositions législatives

Attirer et autoriser un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 94 à 100, 105 et 106)

63. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures de facilitation et d'incitation pour permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un

financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'octroi de ce financement.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 101 et 102)

64. La loi sur l'insolvabilité devrait établir la priorité pouvant être accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure, de sorte au moins que la personne fournissant ce financement soit remboursée avant les créanciers chirographaires ordinaires, y compris les créanciers chirographaires titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure (par. 103 et 104)

65. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés.

66. La loi[33] devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 67.

67. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par aucun autre moyen; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés[34].

Effet de la conversion de la procédure sur le financement postérieur à son ouverture (par. 107)

68. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le

[33]Cette règle peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait en mentionner l'existence.

[34]Voir plus haut, par. 63 à 69.

cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation[35].

E. Traitement des contrats

1. Introduction

108. À mesure qu'une économie se développe, une part croissante de sa richesse tend à reposer sur des contrats. C'est pourquoi le traitement des contrats revêt une importance capitale pour la procédure d'insolvabilité. Deux difficultés majeures se posent dans l'élaboration de principes juridiques en la matière. La première tient au fait que, à la différence de tous les autres actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité, les contrats sont généralement attachés à des dettes ou à des créances, à savoir que la masse doit souvent s'acquitter d'une obligation ou effectuer un paiement pour jouir de droits qui constituent des actifs potentiellement précieux. De ce fait, des décisions délicates doivent être prises concernant le traitement des contrats qui sera le plus rentable pour la masse. La deuxième difficulté tient à l'extrême diversité des types de contrats: simples contrats de vente de marchandises; contrats de location à court ou à long terme de biens meubles ou immeubles; contrats extrêmement complexes de franchise ou de construction et d'exploitation de grandes installations, etc. De plus, le débiteur peut être acheteur ou vendeur, bailleur ou locataire, donneur ou preneur de licence, prestataire ou utilisateur dans le cadre d'un contrat, si bien que les problèmes se posant dans l'insolvabilité risquent d'être très différents selon le côté où l'on se place.

109. Afin de maximiser la valeur de la masse, de réduire les engagements et, dans le cas d'un redressement, de permettre au débiteur de survivre et de poursuivre son activité dans toute la mesure possible sans interruption, il peut être nécessaire de tirer parti des contrats qui sont avantageux et augmentent la valeur de la masse (y compris ceux qui permettront de continuer d'utiliser des biens essentiels qui peuvent appartenir à un tiers) et de rejeter ceux qui sont trop lourds à gérer ou dont l'exécution coûte plus qu'ils ne rapportent. Par exemple, dans le cas d'un contrat prévoyant l'achat par le débiteur de marchandises particulières à un prix égal à la moitié du prix du marché au moment de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité aurait évidemment avantage à pouvoir continuer à acheter à ce prix inférieur et à vendre au prix du marché. Le cocontractant souhaiterait naturellement se délier de ce qui est devenu un contrat non rentable, mais si l'on exige de lui qu'il exécute le contrat, il lui suffira de respecter les engagements contractés avant l'insolvabilité. Dans de nombreux systèmes, il ne sera pas autorisé à se soustraire à l'exécution du

[35]Il n'est pas nécessaire que soit reconnu le même ordre de priorité. Par exemple, le financement postérieur à l'ouverture peut être primé par les créances afférentes à l'administration de la liquidation.

contrat, bien qu'il puisse être fondé à recevoir l'assurance que le prix du contrat lui sera payé intégralement. Dans de nombreux cas, la continuation du contrat sera avantageuse pour les deux parties contractantes, et non uniquement pour le débiteur.

110. Avant de décider du traitement à accorder aux contrats dans la procédure d'insolvabilité, il faut déterminer l'importance relative à attribuer, d'une part, au respect du droit général des contrats dans la procédure et, de l'autre, aux facteurs qui justifient une dérogation à ce droit. Il peut être nécessaire de prendre en compte d'autres aspects concurrents afin de trouver un équilibre approprié entre les objectifs généraux d'ordre public, les objectifs de la procédure d'insolvabilité et la prévisibilité dans les relations commerciales. Ces aspects sont notamment l'importance relative du redressement et la participation des créanciers garantis à la procédure; les préoccupations sociales particulières liées à certains types de contrats, comme les contrats de travail (voir plus bas, par. 144, et chap. V, par. 72 et 73); l'effet de l'autorisation d'intervenir dans la poursuite de l'exécution des contrats sur la prévisibilité des relations commerciales et financières et sur le coût et l'offre de crédit (plus le pouvoir de poursuivre ou de rejeter des contrats dans la procédure d'insolvabilité est étendu, plus le crédit risque de coûter cher et d'être difficile à obtenir); ainsi que la mesure dans laquelle les pouvoirs d'intervenir dans l'exécution des contrats favorisera la réutilisation des actifs.

111. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité permet d'intervenir dans l'exécution des contrats éventuellement en violation des principes contractuels généraux, il faut soigneusement examiner l'étendue d'un tel pouvoir ainsi que les types de contrats concernés. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le débiteur sera presque inévitablement partie à au moins un contrat dans lequel ni le cocontractant ni lui-même ne se seront pleinement acquittés de leurs obligations respectives autres que le paiement d'une somme d'argent pour les marchandises livrées. Aucune règle spéciale n'est nécessaire dans le cas où une seule partie ne s'est pas pleinement acquittée de ses obligations: s'il s'agit du débiteur, le cocontractant pourra présenter une demande d'exécution ou de dommages-intérêts dans le cadre de la procédure d'insolvabilité; s'il s'agit du cocontractant, le représentant de l'insolvabilité pourra lui demander l'exécution ou le versement de dommages-intérêts. En revanche, lorsque les deux parties n'ont pas pleinement exécuté leurs obligations, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient, dans des cas précis, que ces contrats peuvent être soumis à l'arrêt des poursuites d'une manière qui empêche le cocontractant d'exercer un droit de résiliation, ces contrats pouvant continuer à être exécutés ou être rejetés (ou éventuellement cédés, cette option n'étant toutefois pas fréquemment autorisée). En règle générale, c'est au représentant de l'insolvabilité qu'il revient de décider comment le contrat devrait être traité. Les législations diffèrent toutefois sur le point de savoir si l'approbation d'un tribunal est également requise.

112. Dans le cas d'un redressement, dont l'objectif est de permettre au débiteur de survivre et de poursuivre ses activités dans la mesure du possible, la continuation des contrats qui sont rentables ou essentiels pour son entreprise et augmentent la valeur de la masse peut être cruciale pour le succès de la procédure. Il peut s'agir notamment de contrats portant sur la fourniture de marchandises et de services essentiels ou des contrats concernant l'utilisation de biens indispensables pour la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, y compris des biens appartenant à des tiers. De même, on peut accroître les chances de réussite en autorisant le représentant de l'insolvabilité à rejeter des contrats trop lourds à gérer, notamment lorsque le coût d'exécution est supérieur aux bénéfices escomptés ou lorsque, dans un bail en cours, par exemple, le loyer est supérieur au prix du marché. Dans le cas d'une liquidation, la continuation des contrats après l'ouverture de la procédure est peut-être moins nécessaire que dans celui d'un redressement, sauf lorsque le contrat est susceptible d'accroître la valeur de l'entreprise du débiteur ou d'un actif particulier ou de faciliter la cession de cette dernière en vue de la poursuite de l'activité. Un bail, par exemple, dans lequel le loyer est inférieur au prix du marché et dont l'expiration est encore lointaine, peut s'avérer essentiel dans tout projet de vente de l'entreprise ou peut être cédé pour accroître la valeur de la masse au profit des créanciers.

113. Pour ce qui est des types de contrats concernés, une solution fréquente consiste à énoncer, dans les lois sur l'insolvabilité, des règles générales pour toutes les catégories de contrats, puis des exceptions pour certains contrats particuliers. Il peut être nécessaire de limiter la faculté de rejeter les contrats de travail, par exemple, si l'on craint que l'insolvabilité ne soit utilisée dans le but précis d'éliminer la protection que ces contrats offrent aux salariés. Les autres types de contrats pouvant exiger un traitement particulier comprennent les contrats financiers (voir plus loin, par. 208 à 215), les contrats pour services personnels, dans lesquels l'identité de la partie exécutante, que ce soit le débiteur lui-même ou un employé du débiteur, revêt une importance particulière, ainsi que les contrats de prêt et d'assurance.

2. Clauses de résiliation automatique, de déchéance du terme automatique ou clauses similaires

114. De nombreux contrats contiennent une clause qui définit les cas de défaut d'exécution donnant au cocontractant le droit inconditionnel, par exemple, de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée (clauses parfois dites "ipso facto"). Ces cas sont généralement le dépôt d'une demande d'ouverture ou l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité; le fait que le débiteur satisfait aux critères d'ouverture de la procédure; et même des éléments indiquant que le débiteur est dans une situation financière affaiblie. Certaines lois reconnaissent la validité de ce type de clauses et, dans les cas où par exemple le maintien d'un contrat après

l'ouverture de la procédure est souhaitable, celui-ci ne sera possible que si le cocontractant ne choisit pas, ou peut être convaincu de ne pas choisir, d'exercer ses droits de résiliation découlant du contrat ou si la loi sur l'insolvabilité prévoit un mécanisme susceptible d'être utilisé pour le convaincre de permettre la continuation du contrat. Dans le cas des clauses de résiliation, un tel mécanisme peut consister notamment à donner la priorité au paiement des services fournis après l'ouverture de la procédure (dans certaines lois sur l'insolvabilité, il peut s'agir d'une disposition générale qui considère les frais occasionnés après l'ouverture de la procédure comme une créance de premier rang).

115. L'approche consistant à faire respecter ce type de clauses trouve plusieurs justifications: le fait qu'il est souhaitable d'honorer les engagements commerciaux; la nécessité d'empêcher le débiteur d'exécuter exclusivement les contrats rentables et de rejeter les autres (avantage dont ne dispose pas le cocontractant); l'effet de la non-application d'une clause de résiliation automatique sur la compensation globale (*netting*) des contrats financiers; l'idée selon laquelle, une entreprise insolvable n'étant généralement pas en mesure de payer, le fait de retarder la résiliation des contrats risque seulement d'accroître l'encours de ses dettes; la nécessité pour les créateurs de propriété intellectuelle de contrôler l'utilisation de cette dernière; et l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat, en particulier d'un contrat qui concerne un bien incorporel.

116. Suivant une approche différente, la loi sur l'insolvabilité annule ces clauses, les privant ainsi d'effet. Lorsque la clause prévoit, par exemple, la résiliation si survient un événement défini, le contrat peut continuer à être exécuté malgré l'objection du cocontractant. Bien que l'on puisse considérer l'annulation de telles clauses comme une atteinte aux principes généraux du droit des contrats, elle est essentielle au succès de la procédure. Dans un redressement, par exemple, où le contrat portera sur la location de biens indispensables ou sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle associés à un produit clef, la continuation du contrat peut permettre d'accroître le potentiel de gains de l'entreprise; de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel; de tirer parti, au profit de tous les créanciers, de la valeur des contrats du débiteur; et d'impliquer tous les créanciers dans le redressement.

117. Dans le cas d'une liquidation, on peut notamment invoquer, en faveur de l'annulation des clauses de résiliation, la nécessité de maintenir l'entreprise intacte pour maximiser sa valeur de vente ou accroître son potentiel de gains; le besoin de tirer parti, au profit de tous les créanciers, de la valeur du contrat au lieu d'y renoncer au profit du cocontractant; et l'opportunité d'impliquer toutes les parties dans la liquidation définitive de l'entreprise.

118. Bien que certaines lois sur l'insolvabilité autorisent effectivement l'annulation de ce type de clauses en cas d'ouverture d'une procédure

d'insolvabilité, cette approche ne s'est pas encore généralisée. Il y a inévitablement des tensions entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui peut exiger de préserver les contrats, et la crainte de générer de l'incertitude et des frais supplémentaires dans les opérations commerciales en créant de multiples exceptions aux règles générales des contrats. Même si la question, à l'évidence, mérite que l'on pèse soigneusement le pour et le contre, il est des cas où la faculté pour le représentant de l'insolvabilité de faire en sorte qu'un contrat continue d'être exécuté sera essentielle au succès de la procédure de redressement et aussi, mais dans une moindre mesure peut-être, de la procédure de liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Pour ces raisons, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'annulation de telles clauses. On peut contrebalancer les effets négatifs de cette annulation en prévoyant le dédommagement des créanciers pouvant démontrer qu'ils ont subi un préjudice ou une perte en raison de la continuation du contrat après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou inclure des exceptions à une annulation générale de ces clauses pour certains types de contrats, tels que les contrats de prêt d'argent et, en particulier, les contrats financiers (voir plus loin, par. 208 à 215).

119. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit la possibilité d'annuler les clauses de résiliation, les créanciers risquent d'être tentés, pour se prémunir contre une telle annulation, de résilier le contrat pour un autre motif avant que soit demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (en invoquant un défaut d'exécution du débiteur autre que l'ouverture de la procédure). On peut, pour atténuer ce risque, habiliter le représentant de l'insolvabilité à rétablir ces contrats, à condition que les obligations antérieures et postérieures à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité soient remplies.

3. Continuation ou rejet des contrats

a) Modalités de continuation ou de rejet des contrats

120. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des solutions différentes concernant la continuation ou le rejet des contrats. Certaines disposent que l'ouverture de la procédure est sans incidence sur les contrats, de sorte que les obligations contractuelles lient toujours les parties et les règles générales du droit des contrats continuent de s'appliquer à moins qu'elles ne prévoient des dispositions différentes, comme le pouvoir exprès d'annuler des clauses de résiliation automatique ou de rejeter un contrat.

121. D'autres lois associent continuation et rejet dans une procédure commune dans laquelle le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre des mesures explicites à l'égard d'un contrat, telles qu'aviser le cocontractant que le contrat doit continuer à être exécuté (et dans certains cas adopté par la masse de l'insolvabilité) ou rejeté. Dans ces lois, l'arrêt des poursuites s'appliquerait au

droit de résiliation du cocontractant, de manière à laisser le temps au représentant de l'insolvabilité d'examiner quelle mesure devrait être prise à l'égard du contrat. L'approche consistant à exiger une décision expresse du représentant de l'insolvabilité pour tous les contrats a néanmoins un inconvénient: dans la pratique, celui-ci risque souvent de ne pas être en mesure de se prononcer, faute pour le contrat de pouvoir être exécuté. Le fait d'exiger un choix explicite pour chaque contrat risque aussi d'être excessivement lourd et coûteux. Une autre difficulté tient à la question de savoir si le représentant de l'insolvabilité est ou non bien informé de tous les contrats auxquels le débiteur est partie, et s'il est en mesure, par conséquent, de se prononcer sur chacun d'eux. La manière dont la loi traite des contrats dont le représentant de l'insolvabilité n'a pas connaissance, en appliquant en particulier des règles supplétives, est donc importante.

i) Fixation de délais

122. Certaines lois exigeant que le représentant de l'insolvabilité prenne une mesure explicite lui imposent aussi un délai pour ce faire (avec une possibilité de prorogation dans certaines circonstances), délai qui serait généralement plus long dans le cas d'un redressement que dans celui d'une liquidation et qui, dans la pratique, va de 28 à 60 jours. D'autres lois prévoient que le délai sera fixé par le tribunal. Cette approche vise à assurer la sécurité juridique aux deux parties. Elle oblige le représentant de l'insolvabilité à prendre rapidement des dispositions concernant les contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure et offre au cocontractant un certain degré de certitude quant à la poursuite de l'exécution du contrat dans un délai raisonnable après l'ouverture de ladite procédure.

ii) Règles supplétives

123. Un certain nombre de lois appliquent une règle supplétive selon laquelle l'absence de décision du représentant de l'insolvabilité dans le délai spécifié conduit à considérer le contrat, par exemple, comme étant rejeté ou inexécutoire. Lorsqu'une telle règle est adoptée, une distinction pourrait être établie entre liquidation et redressement, ainsi qu'entre les contrats dont le représentant de l'insolvabilité a connaissance et ceux dont il ne connaît pas l'existence. Dans la liquidation, du fait que l'on peut raisonnablement supposer que le silence du représentant de l'insolvabilité implique très probablement une décision de rejeter le contrat, les contrats pourraient être automatiquement rejetés sauf des dispositions sont prises pour les préserver. Ce résultat serait conforme à l'objectif de la liquidation lorsqu'il est nécessaire de vendre les actifs séparément.

124. La même hypothèse ne serait peut-être pas toujours valable dans le cas d'un redressement ou d'une cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, et une plus grande souplesse sera peut-être nécessaire pour éviter que

l'absence de décision dans le délai prévu ne prive la masse d'un contrat qui pourrait être essentiel pour la procédure. En conséquence, il peut être indiqué de donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité de se prononcer sur le rejet d'un contrat jusqu'à l'approbation du plan de redressement, à condition que les frais d'exécution du contrat courant jusqu'au moment de son rejet soient payés comme s'il s'agissait d'une dépense afférente à l'administration de la procédure et que le cocontractant ait la possibilité d'exiger une décision anticipée si celle-ci est nécessaire ou souhaitée. Il est bon d'indiquer clairement, dans le plan, le traitement accordé à certains contrats, en y insérant éventuellement une disposition selon laquelle les contrats pour lesquels rien n'est précisé devraient être considérés comme automatiquement rejetés lors de l'approbation du plan.

iii) Droit du cocontractant de demander une décision

125. Certaines lois prévoient que le cocontractant a le droit inconditionnel de demander au représentant de l'insolvabilité de prendre une décision concernant un contrat particulier dans un délai spécifié. Cette règle peut s'appliquer même quand la loi sur l'insolvabilité fixe au représentant un délai pour prendre sa décision, car elle permettra au cocontractant de demander une telle décision sans avoir à attendre l'expiration dudit délai. Elle peut être particulièrement importante lorsque le contrat en question porte sur la prestation d'un service continu et que l'inaction du représentant de l'insolvabilité risque d'entraîner l'accumulation de dépenses inutiles (par exemple, la location de biens par le débiteur peut entraîner des frais d'administration de la procédure considérables si le bail n'est pas rapidement résilié) ou de mettre un terme à la fourniture d'un service essentiel. Lorsque le représentant de l'insolvabilité ne prend aucune décision dans le délai spécifié, la loi sur l'insolvabilité peut soit autoriser le cocontractant à saisir le tribunal pour exiger qu'une décision soit prise soit appliquer une règle supplétive selon laquelle le contrat est considéré comme continué ou rejeté.

iv) Continuation et rejet des contrats dans leur intégralité

126. Quelles que soient les règles adoptées en ce qui concerne la continuation ou le rejet des contrats, il est souhaitable que les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité soient limités au contrat dans son intégralité, de sorte que celui-ci ne puisse choisir de poursuivre l'exécution de certaines parties du contrat et d'en rejeter d'autres.

v) Contrats dont le représentant de l'insolvabilité a connaissance

127. Il est également souhaitable que les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité soient limités aux contrats dont lui-même ou le tribunal ont connaissance (lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que le tribunal prenne des décisions concernant les contrats), faute de quoi l'absence de décision

concernant un contrat dont le représentant de l'insolvabilité ignore l'existence risque de donner lieu à des demandes de dommages-intérêts et éventuellement d'engager sa responsabilité professionnelle. Lorsque le représentant de l'insolvabilité ignore l'existence d'un contrat particulier, il n'est peut-être pas souhaitable non plus que la loi applique une règle supplétive qui conduira à la continuation ou au rejet avant que le représentant de l'insolvabilité ait eu la possibilité d'évaluer le contrat. Une solution (dans la mesure où le débiteur y consent) serait que la loi prescrive au débiteur de fournir au représentant de l'insolvabilité une liste des contrats qui n'ont pas été entièrement exécutés (voir chap. III. par. 24).

b) Date et notification de la continuation ou du rejet

128. Lorsque la loi autorise le représentant de l'insolvabilité à rejeter un contrat, il sera souhaitable d'établir à partir de quand le rejet prendra effet, à savoir à la date où est prise la décision ou rétroactivement. Une solution consiste à appliquer le rejet rétroactivement à partir de la date du dépôt de la demande d'ouverture de la procédure, de sorte qu'aucune responsabilité ne découlera du contrat postérieurement à la demande, sauf pour les marchandises ou services fournis après la demande au profit de la masse.

129. Lorsque la loi exige que le représentant de l'insolvabilité se prononce sur la continuation ou le rejet d'un contrat, il est souhaitable qu'elle exige également la notification de cette décision au cocontractant. La notification devrait informer le cocontractant de ses droits, y compris le droit de contester la décision du représentant de l'insolvabilité et de déclarer une créance dans le cadre de la procédure d'insolvabilité (pour défaut d'exécution survenu avant l'ouverture ou découlant de la décision concernant le contrat), et de toutes formalités y afférentes.

c) Continuation de contrats en cas d'inexécution du débiteur

130. En cas d'inexécution du contrat par le débiteur au moment où est demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, se pose la question de savoir s'il est équitable d'obliger le cocontractant à continuer de traiter avec ce débiteur insolvable dans de telles circonstances. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que l'exécution peut être poursuivie pour le reste de la durée du contrat à condition que le représentant de l'insolvabilité répare tout défaut d'exécution de la part du débiteur (en rétablissant le cocontractant dans la situation économique qui était la sienne avant l'inexécution) et garantisse l'exécution future en fournissant, par exemple, une caution ou une garantie. D'autres n'exigent pas la réparation des défauts antérieurs, mais limitent la possibilité de poursuivre l'exécution à certains cas, par exemple, aux contrats divisibles, tels que ceux portant sur la fourniture de services essentiels (téléphone, eau, gaz, électricité et collecte de déchets) facturés mensuellement. Les lois sur l'insolvabilité autorisent souvent expressément la continuation de

ce type de contrats. Le fait de permettre au débiteur de continuer d'accéder à ces services sans exiger la réparation du défaut d'exécution, (en particulier lorsque la demande d'ouverture émane d'un créancier) se justifie dans une certaine mesure à condition que le débiteur puisse exécuter ses obligations postérieures à l'ouverture. Une loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement les circonstances dans lesquelles celui-ci est tenu de remédier à un défaut d'exécution pour que le contrat soit poursuivi. Certaines lois exigent aussi que le représentant de l'insolvabilité garantisse l'exécution future du contrat et, dans certains cas, accepte d'engager sa responsabilité personnelle en cas d'inexécution.

d) Exécution avant la décision de continuation ou de rejet

131. Bien que les lois sur l'insolvabilité le fassent rarement, il peut aussi être souhaitable d'aborder la question des obligations incombant au cocontractant pendant la période entre l'ouverture de la procédure et la décision concernant le traitement d'un contrat (lorsqu'une telle décision est requise), notamment lorsque le cocontractant est tenu de commencer ou de continuer son exécution. Le traitement de cette question apporterait sécurité et prévisibilité à toutes les parties concernées. Lorsqu'un contrat est poursuivi avant la décision de continuation ou de rejet, les coûts, prévus au contrat, de la poursuite de son exécution, devraient être assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure. On peut en effet raisonnablement supposer que l'exécution d'un contrat après l'ouverture de la procédure profite à la masse, sinon il aurait été rejeté. Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, les coûts, prévus au contrat, de la poursuite de son exécution devraient être assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure, et ce tiers devrait être protégé contre la dépréciation de ces actifs, dans la mesure où cette question n'est pas réglée dans le contrat.

e) Effets de la continuation ou du rejet sur le cocontractant

i) Continuation

132. Dans les lois qui exigent une décision explicite du représentant de l'insolvabilité, les contrats que celui-ci choisit de poursuivre sont traités comme des obligations continues postérieures à l'ouverture de la procédure qui doivent être acquittées à la fois par la masse et par le cocontractant. Les créances nées de l'exécution de ces contrats sont considérées, dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, comme des dépenses afférentes à l'administration de la procédure (et non comme des créances chirographaires) et se voient accorder la priorité au moment de la répartition. L'octroi d'une telle priorité constituant un risque potentiel pour les autres créanciers (qui seront payés après les créanciers prioritaires), il est souhaitable, si cette approche est adoptée, de ne continuer après l'ouverture de la procédure que les contrats qui seront rentables ou

essentiels à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice. Dans les pays où les règles générales du droit des contrats s'appliquent et où le représentant de l'insolvabilité n'est pas tenu de prendre de décision concernant la continuation, la loi sur l'insolvabilité peut disposer que ces créances ne seront pas prioritaires et occuperont le même rang que les autres créances non garanties.

133. Du fait que la continuation d'un contrat avec une partie faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité peut exposer le cocontractant à un élément de risque (par exemple, le non-paiement), qui autrement n'aurait pas existé, il serait indiqué d'examiner dans la loi sur l'insolvabilité l'opportunité ou non d'accorder à celui-ci des mesures de protection. Un certain nombre de facteurs devront être pris en considération, parmi lesquels l'importance du contrat pour la procédure; le coût des mesures de protection pour la procédure; la capacité ou l'incapacité du débiteur ou de la masse de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi; et l'impact sur la conclusion de contrats commerciaux de l'obligation faite au cocontractant d'assumer le risque de non-paiement. Si le contrat dispose, par exemple, que le vendeur doit faire crédit au débiteur pendant un certain temps avant de demander à être payé ou prévoit le paiement à la livraison, celui-ci risque de supporter des coûts substantiels et de subir un préjudice si, au moment du paiement ou de la livraison, le représentant de l'insolvabilité n'est plus en mesure de le rembourser. Certaines lois abordent ces questions en exigeant que le représentant de l'insolvabilité garantisse au cocontractant le paiement ou l'exécution, par exemple au moyen d'une garantie bancaire ou d'une lettre de crédit. Dans d'autres lois, le représentant de l'insolvabilité peut être tenu personnellement responsable de l'exécution. Cette dernière solution peut dissuader de continuer les contrats s'il y a un risque d'inexécution et, par conséquent, avoir une incidence négative sur le redressement. La responsabilité personnelle risque d'être particulièrement lourde à assumer dans le cas, par exemple, des contrats de travail. Selon une autre approche, le cocontractant est tenu d'assumer le risque de non-paiement au motif qu'il s'agit d'un risque habituel dans les opérations commerciales. L'octroi d'une priorité d'administration aux créances et paiements liés à l'exécution d'obligations dans le cadre d'un contrat poursuivi après l'ouverture de la procédure peut constituer une mesure de protection pour le cocontractant (quoique limitée si les actifs disponibles pour le paiement de telles dépenses sont limités).

ii) Rejet

134. En cas de rejet, le cocontractant est généralement dispensé d'exécuter le reste du contrat, le principal problème étant de déterminer les voies de droit dont il dispose. Dans de nombreuses lois, il n'est fondé à réclamer que des dommages-intérêts, même si d'autres moyens peuvent s'offrir à lui en dehors de l'insolvabilité. L'une des raisons en est que le fait d'autoriser d'autres voies de droit, comme la remise de marchandises fabriquées mais non livrées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, reviendrait à permettre au

cocontractant d'être entièrement désintéressé, solution dont ne peuvent bénéficier les autres créanciers chirographaires et qui constitue une entorse au principe de l'égalité de traitement. Certaines lois permettent toutefois une telle mesure pour la livraison de marchandises, tandis que d'autres autorisent l'exécution dans le cas de contrats de vente de terrains.

135. En cas de demande dommages-intérêts, le préjudice subi du fait du rejet du contrat pourrait être calculé conformément à la loi applicable autre que la loi sur l'insolvabilité, le cocontractant devenant un créancier chirographaire titulaire d'une créance égale au montant calculé. Outre demander des dommages-intérêts, le cocontractant peut faire valoir une créance pour l'exécution du contrat pendant la période précédant le rejet (laquelle peut avoir le même rang qu'une créance afférente à l'administration de la procédure)[36].

f) Modification des contrats poursuivis

136. Une autre question à examiner est celle de savoir dans quels cas un représentant de l'insolvabilité peut modifier les clauses des contrats poursuivis. Comme on l'a noté plus haut, toutes les clauses du contrat doivent être respectées et, en règle générale, le représentant de l'insolvabilité n'aura pas plus de droits de modification que n'en aurait normalement le débiteur en vertu du contrat. Il sera généralement tenu de négocier chaque modification avec l'autre partie et toute modification apportée sans le consentement de celle-ci constituera une contravention au contrat pour laquelle elle pourra se prévaloir des voies de droit applicables.

4. Contrats de location de terrains et de locaux

137. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient des dispositions spéciales pour les contrats de location en cours de terrains et de locaux, en faisant une distinction entre baux d'habitation et baux commerciaux. Ces derniers en particulier ont souvent de l'importance dans les procédures de redressement. Par exemple, les baux dont le loyer est inférieur au prix du marché représentent un actif susceptible d'être vendu et de procurer un avantage à la masse. D'un autre coté, la possibilité de sortir d'un bail dans le cas d'un emplacement loué à perte peut être avantageuse lorsque le débiteur a besoin de réduire la taille de son entreprise pour assurer la réussite du redressement.

138. Dans certaines lois, un bail dans lequel le débiteur est preneur peut être rejeté indépendamment de sa date d'expiration, sous réserve que les délais de notification prévus par la loi ou le contrat soient respectés. Le rejet donnerait lieu à une demande de dédommagement de la part du bailleur pour résiliation anticipée. Lorsque le débiteur est preneur et que le bail est poursuivi, il peut être

[36]Voir chap. V, par. 62 à 79, sur le classement des créances.

indiqué d'imposer certaines conditions au représentant de l'insolvabilité, telles que l'obligation de réparer tout défaut d'exécution, de verser des dommages-intérêts pour tout préjudice résultant d'un tel défaut et de donner l'assurance que les obligations prévues dans le bail seront exécutées à l'avenir. Il peut en outre être souhaitable de fixer un plafond pour les dommages-intérêts exigés par le bailleur (soit en indiquant une somme d'argent, soit en précisant la période pour laquelle les dommages-intérêts peuvent être demandés) de sorte que la créance au titre d'un bail à long terme ne soit pas disproportionnée par rapport à celles des autres créanciers. Les bailleurs auront généralement la possibilité de compenser leurs pertes en relouant le bien.

5. Cession

139. La faculté pour le représentant de l'insolvabilité de céder un contrat en dépit de clauses prévoyant la résiliation en cas d'insolvabilité ou de clauses restreignant les transferts peut être très avantageuse pour la masse et, partant, pour les bénéficiaires du produit réparti après la liquidation ou dans le cadre d'un redressement. Dans certains cas, par exemple lorsque le prix contractuel est inférieur au prix du marché, le rejet du contrat peut entraîner un gain exceptionnel pour le cocontractant. Si le contrat peut être cédé, c'est la masse de l'insolvabilité, et non le cocontractant, qui bénéficiera de la différence entre le prix du contrat et le prix du marché.

140. Toutefois, le fait de permettre la cession d'un contrat alors que ses clauses l'interdisent risque d'affaiblir les droits du cocontractant et de soulever des questions de préjudice, surtout lorsque ce dernier n'intervient que peu ou n'intervient pas du tout dans le choix du cessionnaire. Il peut être inopportun de le contraindre à accepter le transfert du contrat à un tiers qu'il ne connaît peut-être pas ou avec lequel il ne souhaite peut-être pas traiter. La question de la cession est traitée de diverses façons. Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres renvoient la question au droit commun des contrats: si le contrat contient une clause de non-cession, il ne peut être cédé à moins que le cocontractant ou toutes les parties au contrat initial n'y consentent. Parmi ces lois, certaines ménagent cependant, si le cocontractant n'accepte pas la cession, la possibilité pour le tribunal d'approuver celle-ci, par exemple, lorsqu'il peut être démontré que le cocontractant refuse de donner son consentement sans raison valable; qu'il ne sera pas fortement désavantagé par la cession; ou lorsque le représentant de l'insolvabilité peut démontrer au cocontractant que le cessionnaire peut exécuter le contrat de façon satisfaisante[37].

---

[37]Cette approche va dans le sens, par exemple, de celle qui a été adoptée à l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (pour le texte de cet article, voir plus haut, note 31).

141. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise la cession des contrats, il serait très souhaitable qu'elle exige aussi du débiteur qu'il répare tout défaut d'exécution antérieur à la cession, ce qui permettrait au cessionnaire de se substituer avec succès et sans problème à celui-ci en tant que partie contractante.

142. Quels que soient les pouvoirs conférés au représentant de l'insolvabilité en matière de cession, certains contrats ne peuvent être cédés parce qu'ils exigent la fourniture de services personnels irremplaçables ou parce que la cession est interdite par la loi. Certains États, par exemple, interdisent la cession de contrats de marchés publics.

6. Exceptions générales au pouvoir de continuer, de rejeter ou de céder des contrats

143. On distingue généralement deux catégories d'exceptions aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant le traitement des contrats. La première a trait à des types particuliers de contrats et la seconde aux contrats inexécutables. S'agissant de la première catégorie, lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit l'annulation des clauses de résiliation automatique, des exceptions spécifiques peuvent être souhaitables pour certains types de contrats, notamment les contrats financiers à court terme (par exemple, des accords d'échange et des contrats à terme – voir plus loin par. 208 à 215), les contrats d'assurance et les contrats de prêt. Il peut aussi être indiqué de prévoir des exceptions au pouvoir de rejeter des contrats dans le cas des contrats de travail, des accords dans lesquels le débiteur est bailleur ou franchiseur ou octroie une licence de propriété intellectuelle et dont la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes, et des contrats avec l'État, tels que les accords de licence et les marchés publics.

144. Pour une plus grande transparence du régime de l'insolvabilité, il est souhaitable d'énoncer clairement dans la loi sur l'insolvabilité les limites imposées aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant le traitement des types de contrat examinés dans la présente section.

a) Contrats de travail

145. Ainsi qu'il est indiqué ci-dessus, les contrats de travail constituent une exception majeure aux pouvoirs examinés dans la présente section. Ces contrats sont importants non seulement dans un redressement, mais aussi dans une liquidation lorsque le représentant de l'insolvabilité tente de céder l'entreprise du débiteur en vue de la poursuite de l'activité. Il pourra obtenir un meilleur prix s'il est en mesure de résilier des contrats de travail lourds à gérer afin d'opérer les compressions d'effectifs nécessaires. Toutefois, la relation entre

salariés et employeur est une des questions les plus difficiles dans la loi sur l'insolvabilité. Entrent en jeu non seulement le contrat lui-même, qui est essentiellement un contrat en cours comme n'importe quel autre contrat, mais aussi les dispositions généralement impératives d'autres lois qui protègent les salariés. Ces dispositions peuvent porter, par exemple, sur les points suivants: licenciement abusif; salaire minimum; congés payés; temps de travail maximum; congé de maternité; égalité de traitement; et non-discrimination. Le problème est généralement de savoir dans quelle mesure ces dispositions auront un impact sur la procédure d'insolvabilité, car elles soulèvent des questions beaucoup plus vastes que la résiliation du contrat et la priorité des créances monétaires sous forme de salaires et indemnités impayés. C'est pourquoi un certain nombre d'États ont adopté des régimes spéciaux pour la protection des créances salariales en cas d'insolvabilité (voir chap. V, par. 72 et 73, sur la priorité des créances salariales), régimes qui, afin d'éviter que la procédure d'insolvabilité ne soit utilisée pour supprimer la protection accordée aux salariés, limitent expressément la faculté du représentant de l'insolvabilité de rejeter les contrats de travail, par exemple à des cas bien déterminés, comme celui d'une rémunération excessive des salariés par rapport à celle qui serait normalement versée pour le même travail. Dans certains États, la loi prévoit le maintien des salariés à la fois dans le cas d'une liquidation par cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité et dans celui d'un redressement, ou uniquement dans l'hypothèse d'un redressement.

b) Contrats de services personnels irremplaçables

146. La seconde catégorie d'exceptions concerne les contrats qui, indépendamment du traitement accordé aux clauses de résiliation automatique par la loi sur l'insolvabilité, ne peuvent être poursuivis parce qu'ils stipulent la fourniture par le débiteur ou par un employé du débiteur de services personnels irremplaçables (le contrat peut porter, par exemple, sur des droits de propriété intellectuelle particuliers, des services exigeant un accord de partenariat, la prestation de services par une personne ayant des connaissances très spécialisées ou par une personne nommément désignée ayant une compétence particulière).

7. Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure

147. Une autre catégorie de contrats, en plus de ceux qui ne sont pas entièrement exécutés, est celle des contrats conclus après l'ouverture de la procédure. Dans la procédure de redressement et lorsque l'entreprise en liquidation doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité, il est souvent nécessaire de conclure des contrats (tant dans le cours normal des affaires qu'en dehors) pour que l'entreprise puisse continuer à tourner et à réaliser des gains qui profiteront finalement aux créanciers. Ces contrats sont généralement considérés comme des obligations de la masse postérieures à l'ouverture de la

procédure et les dépenses et frais encourus lors de leur exécution sont payés dans leur intégralité en tant que dépenses afférentes à l'administration de la procédure.

Recommandations 69 à 86

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le traitement des contrats est:

a) D'établir la façon dont les contrats, dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont encore entièrement acquittés de leurs obligations respectives, devraient être traités dans la loi sur l'insolvabilité, y compris le rapport entre cette dernière et la loi applicable, dans le but de maximiser la valeur et de réduire le passif de la masse;

b) De définir quelle sera l'étendue des pouvoirs à l'égard de ces contrats ainsi que dans quels cas et par qui ils pourront être exercés;

c) D'identifier les types de contrats qui devraient être exclus de l'exercice de ces pouvoirs; et

d) D'identifier les types de protection dont pourront bénéficier les cocontractants dans le cas de contrats poursuivis.

Contenu des dispositions législatives

Traitement des contrats qui n'ont pas été pleinement exécutés (par. 108 à 112)

69. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le traitement à accorder aux contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont encore entièrement acquittés de leurs obligations respectives.

Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme (par. 114 à 119)

70. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) Demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité[38].

71. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les contrats qui sortent du champ d'application de la recommandation 70, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

[38]Cette recommandation ne s'appliquerait qu'aux contrats dans lesquels de telles clauses pourraient être annulées (voir, plus haut, commentaire sur les exceptions, par. 143 à 145) et n'entend pas être exclusive, mais établir un minimum: le tribunal devrait être en mesure d'examiner d'autres clauses contractuelles qui auraient pour effet de résilier un contrat lorsque surviennent des événements similaires.

Continuation ou rejet (par. 120 à 122, 126 et 127)

72. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il a connaissance lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité[39]. Elle devrait spécifier que:

a) Le droit de continuation s'applique au contrat dans son intégralité; et

b) La continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat exécutoires.

73. La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider de rejeter un contrat[40]. Elle devrait spécifier que ce droit de rejet s'applique au contrat dans son intégralité.

Date et notification de la décision de continuer ou de rejeter un contrat (par. 128 et 129)

74. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier un délai, susceptible de prorogation par le tribunal, dans lequel le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre la décision de continuer ou de rejeter un contrat.

75. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier à partir de quand le rejet prendra effet.

76. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le cocontractant doit être avisé, le cas échéant, de la continuation ou du rejet d'un contrat, y compris de son droit de déclarer une créance et du délai dans lequel cette déclaration doit être faite, et lui permettre d'être entendu par le tribunal.

Droit du cocontractant de demander une décision (par. 125)

77. Nonobstant la recommandation 74, la loi sur l'insolvabilité devrait autoriser un cocontractant à demander au représentant de l'insolvabilité (dans un délai spécifié) de prendre rapidement une décision et, en cas d'inaction de ce dernier, à demander au tribunal de lui ordonner de prendre la décision de continuer ou de rejeter un contrat.

Conséquences de l'absence de décision (par. 123, 124 et 127)

78. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les conséquences du fait pour le représentant de l'insolvabilité de ne pas prendre de décision dans le délai spécifié en ce qui concerne les contrats dont il a connaissance. Cette absence de décision ne devrait pas entraîner la continuation d'un contrat dont le représentant n'avait pas connaissance[41].

---

[39]Sous réserve que l'arrêt automatique des poursuites s'applique pour empêcher la résiliation (consécutive à une clause de résiliation automatique) des contrats avec le débiteur, tous les contrats devraient être maintenus pour que le représentant de l'insolvabilité puisse examiner la possibilité de les poursuivre, à moins que la date d'expiration du contrat ne tombe après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[40]Une solution autre que la faculté de rejeter les contrats est de prévoir, comme le font certains pays, que l'exécution d'un contrat cesse purement et simplement sauf si le représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre celle-ci.

[41]Voir chap. III, par. 24, qui mentionne l'obligation pour le débiteur de fournir des informations, y compris une liste des contrats non entièrement exécutés.

Continuation d'un contrat en cas de manquement du débiteur (par. 130)

79. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'en cas de manquement du débiteur à ses obligations contractuelles, le représentant de l'insolvabilité peut poursuivre l'exécution du contrat, à condition que le manquement soit réparé, que le cocontractant non défaillant retrouve pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement et que la masse soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi.

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat (par. 131)

80. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter ou exiger du cocontractant qu'il exécute le contrat avant sa continuation ou son rejet. Les créances du cocontractant découlant de cette exécution devraient être assimilées à une dépense afférente à l'administration de la procédure:

a) Si le cocontractant a exécuté le contrat, le montant de cette dépense devrait correspondre au prix contractuel de l'exécution; ou

b) Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la dépréciation de ces actifs et avoir une créance afférente à l'administration de la procédure conformément à l'alinéa *a)*.

Dommages-intérêts pour inexécution ultérieure d'un contrat poursuivi (par. 132 et 133)

81. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'en cas de décision de continuer un contrat, les dommages-intérêts dus pour inexécution ultérieure de ce contrat devraient être assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Dommages-intérêts pour rejet du contrat (par. 134 et 135)

82. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous dommages-intérêts dus pour rejet d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure seraient déterminés conformément à la loi applicable et devraient être traités comme une créance ordinaire non garantie. Elle peut limiter les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée.

Cession des contrats (par. 139 à 142)

83. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de céder un contrat, nonobstant les restrictions énoncées dans celui-ci, à condition que la cession soit bénéfique pour la masse.

84. Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la loi sur l'insolvabilité peut habiliter le tribunal à approuver néanmoins la cession à condition que::

a) Le représentant de l'insolvabilité continue le contrat;

b) Le cessionnaire puisse s'acquitter des obligations contractuelles cédées;

c) Le cocontractant ne soit pas fortement désavantagé par la cession; et

d) Le manquement du débiteur au contrat soit réparé avant la cession.

85. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque le contrat est cédé, le cessionnaire se substituera au débiteur comme partie contractante avec effet à compter de la date de la cession et la masse n'aura plus d'obligation au regard du contrat.

Contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure (par. 147)

86. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les contrats conclus après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sont considérés comme des obligations de la masse postérieures à l'ouverture de la procédure. Les créances nées de ces contrats devraient être assimilées à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure.

F. Action en annulation

1. Introduction

148. Il peut s'écouler beaucoup de temps entre le moment où un débiteur se rend compte qu'une procédure d'insolvabilité est inévitable (qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement) et celui où une telle procédure est ouverte. Pendant cette période, il aura largement la possibilité de tenter de dissimuler des actifs à ses créanciers, de souscrire des engagements fictifs, de consentir des libéralités ou des dons à des parents et à des amis ou de payer certains créanciers à l'exclusion d'autres. Les créanciers auront aussi la possibilité de prendre des mesures stratégiques pour occuper une position avantageuse. Dans la perspective de la procédure d'insolvabilité qui s'ouvrira en définitive, de tels actes ont généralement pour résultat de défavoriser les créanciers chirographaires ordinaires, qui n'y ont pas été parties et ne sont pas protégés par une sûreté réelle.

149. Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement un des nombreux actes juridiques – ou la combinaison de plusieurs d'entre eux – permettant de disposer d'actifs ou de contracter des obligations, notamment un transfert, un paiement, la constitution d'une sûreté ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt ou la renonciation à un droit.

150. De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui s'appliquent rétroactivement sur une période déterminée (souvent appelée période "suspecte") à partir d'une date particulière (telle que celle de la demande ou de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) et qui visent à annuler des opérations antérieures auxquelles le débiteur insolvable était partie ou qui mettaient en jeu ses actifs en produisant certains effets, notamment les suivants: réduire la valeur nette de l'entreprise (par exemple, par le don d'actifs ou leur transfert ou leur vente à un prix inférieur à leur juste valeur marchande); ou enfreindre le principe d'une répartition égale entre les créanciers du même rang (par exemple, par le paiement d'une créance à un créancier chirographaire particulier ou l'octroi d'une sûreté réelle à un créancier n'en étant pas muni

alors que les autres créanciers non garantis ne sont pas payés et restent chirographaires). De nombreuses lois autres que la loi sur l'insolvabilité considèrent également que ces types d'opérations sont préjudiciables aux créanciers en dehors du contexte de l'insolvabilité. Dans certains cas, le représentant de l'insolvabilité pourra appliquer ces lois, en plus des dispositions de la loi sur l'insolvabilité.

151. Un principe généralement accepté de la loi sur l'insolvabilité est qu'une action collective contribue plus efficacement à maximiser les actifs disponibles pour les créanciers qu'un système laissant ces derniers libres d'exercer leurs voies de droits individuelles et qu'elle exige que tous les créanciers soient traités de la même façon. Les dispositions d'annulation visent à contribuer à la réalisation de ces buts collectifs, en permettant aux créanciers de recevoir une juste part des actifs du débiteur insolvable conformément aux priorités établies et en préservant l'intégrité de la masse de l'insolvabilité. Elles peuvent aussi avoir un effet dissuasif en décourageant les créanciers d'exercer leurs voies de droit individuelles dans la période précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité s'ils savent que leurs actions peuvent être ou leurs effets anéantis à l'ouverture. Les opérations sont généralement susceptibles d'annulation dans le cadre de l'insolvabilité pour empêcher la fraude (par exemple, les opérations visant à dissimuler des actifs au profit ultérieur du débiteur ou encore des dirigeants, propriétaires ou administrateurs de l'entreprise débitrice); pour préserver l'exercice, d'une manière générale, des droits des créanciers; pour garantir à tous les créanciers un traitement équitable en empêchant le favoritisme, à savoir lorsque le débiteur souhaite avantager certains créanciers aux dépens des autres; pour empêcher une baisse subite de la valeur de l'entreprise immédiatement avant qu'elle soit placée sous supervision dans le cadre de la procédure d'insolvabilité; et, dans certains États, pour créer un environnement propice au règlement amiable – les créanciers sauront que les opérations ou les saisies d'actifs réalisées à la dernière minute peuvent être annulées et seront donc plus enclins à collaborer avec un débiteur pour parvenir à un règlement efficace sans l'intervention d'un tribunal.

152. Les dispositions d'annulation peuvent être importantes pour une loi sur l'insolvabilité, non seulement parce qu'elles reposent sur des principes rationnels, mais aussi parce qu'elles peuvent permettre de recouvrer des actifs ou leur valeur au profit de l'ensemble des créanciers et qu'elles contribuent à créer un code de conduite commerciale équitable s'inscrivant dans le cadre de règles propres à assurer une bonne gouvernance des entreprises. Il faudrait noter que, dans un contexte international, les pays dont les lois sur l'insolvabilité ne prévoient pas l'annulation de certains types d'opérations risquent d'avoir des difficultés pour obtenir la reconnaissance d'une procédure ainsi que la coopération des tribunaux et des professionnels de l'insolvabilité dans les pays où ces opérations sont susceptibles d'être annulées.

153. Nonobstant la logique généralement acceptée des dispositions d'annulation, il importe de garder à l'esprit que de nombreuses opérations pouvant être annulées dans le cadre de l'insolvabilité sont parfaitement normales et acceptables lorsqu'elles sont effectuées en dehors de ce contexte et ne deviennent suspectes que lorsqu'elles sont réalisées peu de temps avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Les pouvoirs d'annulation n'ont pas pour objet de remplacer ou de modifier d'une autre manière d'autres mécanismes de protection des intérêts des créanciers qui seraient prévus dans le droit civil ou le droit commercial général.

154. Les dispositions d'annulation font l'objet de nombreux débats, portant principalement sur leur efficacité dans la pratique et sur les règles quelque peu arbitraires qui sont nécessaires pour définir, par exemple, la période suspecte et les types d'opérations pouvant être annulées. Comme pour un certain nombre de dispositions essentielles d'une loi sur l'insolvabilité, il faut, pour élaborer des dispositions d'annulation, trouver un équilibre entre différents aspects concurrents tels que, d'une part, la nécessité de pouvoirs forts pour maximiser la valeur de la masse au profit de tous les créanciers et, d'autre part, le risque de compromettre la prévisibilité et la sécurité contractuelles. Il faudra peut-être aussi établir un équilibre entre des critères d'annulation faciles à prouver qui entraîneront l'annulation d'un certain nombre d'opérations, et des critères d'annulation plus étroits qui sont difficiles à prouver et permettront d'annuler avec succès un nombre plus limité d'opérations. Pour réduire au minimum les effets potentiellement négatifs des pouvoirs d'annulation sur la prévisibilité et la sécurité contractuelles, il est souhaitable que les catégories d'opérations annulables (qu'elles soient définies de façon large ou étroite) et l'exercice des pouvoirs d'annulation soient, autant que possible, soumis à des critères clairs qui permettront d'évaluer les risques commerciaux.

155. La décision d'engager ou non une action en annulation exige que l'on mette en balance divers aspects. Dans le cas d'une action visant à rétablir des actifs dans la masse de l'insolvabilité, il s'agira notamment de savoir si l'annulation de l'opération profitera à la masse (par exemple lorsque l'action en annulation risque de compromettre les propositions de redressement, surtout si elle peut être engagée par les créanciers sans le consentement du représentant de l'insolvabilité); quel sera le coût probable de l'action pour la masse; s'il sera possible de récupérer de la valeur au profit de la masse; si le recouvrement risque de prendre du temps et quelle sera la nature des difficultés à surmonter pour prouver les éléments nécessaires à l'annulation d'une opération donnée.

2. Critères d'annulation

156. Les approches retenues pour définir les critères applicables aux actions en annulation varient sensiblement entre les différentes lois sur l'insolvabilité, en ce qui concerne aussi bien les critères proprement dits que la manière dont ils

sont associés dans chaque loi. S'agissant des critères eux-mêmes, on peut les regrouper grosso modo en critères objectifs et critères subjectifs.

a) Critères objectifs

157. L'une des approches adoptées privilégie le recours à des critères objectifs généraux permettant de déterminer si les opérations sont annulables. Il s'agit par exemple de savoir si l'opération a été effectuée pendant la période suspecte ou si elle a présenté l'une quelconque des caractéristiques générales prévues par la loi (par exemple, si une contrepartie appropriée a été donnée pour les actifs transférés ou l'obligation contractée, si la créance était venue à échéance ou si l'obligation était exigible, ou s'il y avait une relation spéciale entre les parties à l'opération). Bien que de tels critères généraux puissent être plus faciles à appliquer que des critères fondés sur la preuve, par exemple, de l'intention, ils peuvent aussi, si l'on s'en remet exclusivement à eux, aboutir à des résultats arbitraires, si bien que des opérations légitimes et utiles effectuées pendant la période suspecte spécifiée risqueront d'être annulées tandis que des opérations frauduleuses ou préférentielles réalisées en dehors de cette période pourront être sauvegardées.

b) Critères subjectifs

158. Une autre approche met l'accent sur l'application de critères subjectifs individualisés permettant de déterminer, par exemple, si l'intention de dissimuler des actifs aux créanciers est prouvée, si le débiteur était insolvable au moment où l'opération a eu lieu ou s'il l'est devenu par la suite, si l'opération était injuste à l'égard de certains créanciers, et si le cocontractant savait que le débiteur était insolvable au moment de l'opération ou qu'il le deviendrait par la suite. Il peut être nécessaire, si l'on adopte cette approche, d'examiner dans le détail l'intention des parties à l'opération ainsi que d'autres facteurs, tels que la situation financière du débiteur au moment de l'opération, l'effet financier de cette opération sur les actifs du débiteur et ce qui pourrait constituer le cours normal des affaires entre le débiteur et certains créanciers.

c) Combinaison des éléments

159. Très peu de lois sur l'insolvabilité fondent leurs dispositions d'annulation uniquement sur des critères subjectifs. En général, elles prennent également en compte les périodes pendant lesquelles les opérations doivent avoir été effectuées. Dans certains États, le poids excessif accordé aux critères subjectifs a abouti à un grand nombre de litiges et à l'imposition de coûts importants à la masse de l'insolvabilité. Afin d'éviter de tels coûts, certaines lois ont récemment adopté une approche strictement objective en appliquant une période suspecte courte, par exemple de trois à quatre mois, à laquelle elles associent dans certains cas une règle arbitraire selon laquelle toutes les opérations effectuées pendant cette période sont suspectes sauf si les parties à

l'opération ont échangé leurs prestations presque simultanément. Une période suspecte courte peut en outre servir à créer une présomption réfragable selon laquelle il y avait nécessairement intention ou connaissance, notamment de l'insolvabilité, de la part du débiteur ou de l'autre partie à l'opération, ou encore des deux.

160. Certaines lois adoptent une double approche en fixant à la fois une période suspecte courte pour certaines opérations qui seront toutes annulées sans possibilité pour les créanciers de faire valoir des moyens de défense et une période plus longue pour laquelle certains éléments supplémentaires doivent être prouvés. La loi peut spécifier qu'un certain type d'opération effectuée, par exemple, dans les six mois qui précèdent l'ouverture de la procédure d'insolvabilité est annulée, le représentant de l'insolvabilité étant seulement tenu de démontrer qu'il s'agit d'une opération définie aux fins de la législation et qu'elle a eu lieu dans cette période. Le cocontractant ne dispose ici d'aucun moyen de défense. Pour les opérations effectuées, par exemple, dans l'année qui précède l'ouverture, le représentant de l'insolvabilité est tenu de démontrer qu'elles ne s'inscrivent pas dans le cours normal des affaires et qu'elles ont eu un effet certain, par exemple, celui d'accorder un traitement préférentiel. Pour faire échec à cette action, le cocontractant doit montrer qu'il a un moyen de défense valable. De même que pour les critères subjectifs, le fait d'accorder trop d'importance aux critères objectifs peut toutefois aboutir à des résultats négatifs. Il s'est avéré dans plusieurs États que lorsque la loi sur l'insolvabilité permettait d'annuler automatiquement ou aisément certains types d'opérations, les représentants de l'insolvabilité pouvaient annuler toute opération conclue pendant la période suspecte sans analyser ni calculer le coût ou l'avantage potentiel d'un recouvrement pour l'ensemble des créanciers. De plus, une telle approche risque d'entraîner l'annulation d'opérations commerciales foncièrement "équitables" et de contraindre les créanciers concernés à contester à leurs frais les actions en annulation.

161. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité combinent aussi ces différentes approches pour traiter différents types d'opérations. Par exemple, les opérations préférentielles et les opérations à un prix sous-évalué peuvent être définies en fonction de critères objectifs, alors que les opérations visant à faire échouer ou à entraver le recouvrement des créances seront définies en fonction de l'intention tant du débiteur que du cocontractant. Une loi sur l'insolvabilité qui combine ces différents éléments dispose, par exemple, que les opérations telles que les dons, la constitution de sûretés réelles pour garantir des créances existantes et les paiements extraordinaires (ceux qui n'ont pas été effectués avec les moyens de paiement habituels ou qui l'ont été avant le délai fixé) peuvent être annulées lorsqu'elles sont réalisées dans les trois mois qui précèdent l'ouverture d'une procédure. D'autres opérations peuvent être annulées si le débiteur était insolvable au moment où elles ont eu lieu, si elles étaient injustes ou abusives à l'égard d'un groupe de créanciers et si le cocontractant savait que le débiteur était insolvable au moment où elles sont intervenues.

162. Quels que soient les critères appliqués, les lois sur l'insolvabilité devraient s'efforcer de trouver un équilibre entre les intérêts de chaque créancier et ceux de la masse qui, du point de vue du recouvrement d'actifs au moyen d'actions en annulation, coïncident avec les intérêts collectifs de l'ensemble des créanciers. Si cet exercice peut sembler revenir, sous sa forme la plus simple, à déterminer quelle partie doit supporter les frais de contestation d'une action en annulation, d'autres facteurs doivent être pris en considération. Le principal d'entre eux est le financement des actions en annulation. Certaines lois exigent que les chances de réussite d'une action en annulation soient prouvées par un certain nombre d'éléments, ce qui oblige le représentant de l'insolvabilité à intenter une procédure judiciaire pour chaque opération qu'il souhaite voir annulée au risque de devoir faire supporter des dépenses importantes à la masse sans garantie de récupérer quoi que ce soit. Dans les pays qui suivent cette approche, l'insuffisance de fonds est le principal motif d'abandon d'une action en annulation. L'autre solution consistant à considérer comme automatiquement suspectes toutes les opérations survenues pendant une période déterminée en revanche n'exige pas l'utilisation des actifs de la masse ou d'autres fonds. D'autres facteurs à prendre en considération sont les moyens de défense dont disposent les créanciers confrontés à une action en annulation et les obligations incombant au représentant de l'insolvabilité. Par exemple, certaines lois sur l'insolvabilité découragent tout abus des dispositions d'annulation en imposant certaines obligations au représentant de l'insolvabilité. L'imposition de règles déontologiques peut aussi être un facteur à prendre en compte, de même que la possibilité pour le tribunal d'imposer au représentant de l'insolvabilité une obligation de réparation quand l'action en annulation qu'il a intentée se révèle injustifiée ou avoir entraîné des dépenses inutiles.

163. Quelle que soit la solution retenue, il est très souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité apporte la sécurité à toutes les parties en définissant clairement les critères d'annulation, en particulier les éléments que le représentant de l'insolvabilité devra prouver et les moyens de défense qui s'offrent aux créanciers.

d) Cours normal des affaires

164. De nombreuses lois sur l'insolvabilité utilisent le concept de "cours normal des affaires" pour définir leurs critères d'annulation, de sorte qu'un paiement extraordinaire, comme on l'a vu plus haut, serait susceptible d'annulation. Ce concept présente un intérêt plus général pour un régime de l'insolvabilité car il peut aussi servir, par exemple, à établir une distinction entre l'exercice des pouvoirs d'utilisation et de disposition des actifs pendant la procédure d'insolvabilité dans le "cours normal des affaires" et leur exercice dans d'autres circonstances, aussi bien pour ce qui est de savoir qui peut exercer ces pouvoirs que des protections nécessaires (voir plus haut par. 75 et 76).

165. Les États définissent le "cours normal des affaires" en mettant plus ou moins l'accent sur différents éléments. Dans la plupart des cas, toutefois, la définition a pour objet de déterminer ce qui relève de la gestion des affaires courantes et de permettre à une entreprise de payer ses dépenses courantes – par exemple, loyer, services essentiels tels que l'électricité et le téléphone et peut-être aussi fournitures commerciales – ou de conclure des contrats courants, sans risque pour ces opérations d'être annulées en cas d'insolvabilité.

166. Pour définir le "cours normal des affaires" d'un débiteur donné, certaines lois mettent l'accent sur le comportement antérieur de ce dernier et des parties avec qui il traite, en s'intéressant avant tout à certains éléments de leur relation comme la façon dont les biens ou services sont fournis et les paiements effectués, en quelle quantité et avec quelle régularité. Dans ce cas, tout écart par rapport au contrat, à l'usage ou à ce qui peut être considéré comme une pratique régulière entre les parties, par exemple un paiement par des moyens anormaux, sera considéré comme sortant du "cours normal des affaires". Une autre approche consiste à privilégier l'intention d'une partie ou des deux et à se demander si le créancier avait connaissance, ou aurait dû avoir connaissance, de la situation financière du débiteur, ou si le débiteur avait l'intention de donner la préférence à un créancier sur les autres.

167. Une autre approche encore consiste à appliquer des normes tirées de la pratique sectorielle habituelle, voire la pratique commerciale générale, aux conditions de l'opération et aux circonstances dans lesquelles elle a été conclue. D'autres lois considèrent que tout paiement dépassant un certain pourcentage de la valeur des actifs du débiteur est extraordinaire.

168. Il est important que le critère du "cours normal des affaires" concilie la souplesse, de manière à ne pas limiter indûment l'évolution de la pratique commerciale, et l'exigence absolue de sécurité juridique.

e) Moyens de défense

169. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité donne la possibilité aux cocontractants de faire valoir des moyens de défense pour contester l'annulation d'opérations, les dispositions d'annulation risquent de perdre en efficacité. Les moyens de défense qui portent sur des éléments potentiellement litigieux, par exemple la question de savoir si l'opération a eu lieu dans le cours normal des affaires, si le cocontractant a agi de bonne foi ou encore ce qu'il savait effectivement ou était censé savoir, peuvent créer des incertitudes pour toutes les parties et exigeront une décision du tribunal. La probabilité d'une telle incertitude est plus forte dans certains pays où les tribunaux adoptent une interprétation large de ces moyens de défense en faveur des cocontractants. Les représentants de l'insolvabilité peuvent hésiter à utiliser les dispositions d'annulation comme outil efficace dans la procédure d'insolvabilité, en raison des coûts qu'elles entraînent ou parce que les actions sont inefficaces et imprévisibles. Ces

difficultés potentielles montrent qu'il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte des critères d'annulation clairs et prévisibles et des moyens de défense qui permettront à toutes les parties d'évaluer les risques potentiels et d'éviter les conflits, par exemple des critères objectifs mettant l'accent sur l'effet ou le résultat des opérations plutôt que sur l'intention des parties. Lorsque des critères tels que le "cours normal des affaires" sont inclus, ils devraient être clairement définis et circonscrits par une loi sur l'insolvabilité.

3. Types d'opérations susceptibles d'annulation

170. Bien que celles-ci soient définies de manières différentes, la plupart des systèmes juridiques distinguent trois grandes catégories d'opérations annulables, examinées dans le *Guide législatif*: les opérations visant à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances par les créanciers; les opérations à un prix sous-évalué; et les opérations avec certains créanciers qui pourraient être considérés comme préférentielles. Certaines opérations peuvent relever de plusieurs de ces catégories à la fois, selon leur nature respective. Par exemple, des opérations qui se révèlent préférentielles peuvent aussi viser à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances lorsqu'elles ont pour objet de mettre des actifs hors de portée d'un créancier ou d'un créancier potentiel[42] ou de porter autrement préjudice aux intérêts de ce créancier et qu'elles ont lieu alors que le débiteur ne sera pas en mesure de rembourser ses dettes à leur échéance ou qu'elles ne laissent pas au débiteur suffisamment d'actifs pour mener ses activités. De même, les opérations à un prix sous-évalué peuvent aussi être préférentielles lorsqu'elles sont conclues avec des créanciers, mais non lorsqu'elles le sont avec des tiers. Lorsqu'il y a intention manifeste d'entraver, de faire échouer ou de retarder le recouvrement des créances, elles s'inscriront dans la première catégorie d'opérations. En de pareils cas, le représentant de l'insolvabilité peut être en mesure de choisir la catégorie dans laquelle entrera une opération donnée en vue de son annulation et tirer ainsi parti des exigences différentes concernant la preuve et les périodes suspectes qui s'appliquent généralement.

171. Pour assurer le maximum possible de clarté et de sécurité juridique et éviter des chevauchements inutiles, il est souhaitable qu'en déterminant les catégories d'opérations devant faire l'objet de dispositions d'annulation, une loi sur l'insolvabilité précise les caractéristiques particulières d'une opération (y compris son effet) qui sont essentielles pour qu'elle soit annulée et s'abstienne d'employer des formules plus générales telles que "opérations frauduleuses" ou "opérations préférentielles".

---

[42]Il peut s'agir d'une partie qui n'était pas créancier au moment où a été réalisée l'opération annulable mais qui était sur le point de le devenir du fait, par exemple, de la négociation d'un accord de prêt avec le débiteur. Ce dernier peut avoir transféré des actifs pour éviter qu'ils ne soient soumis à cet accord.

a) Opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances

172. Les opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances consistent pour le débiteur à transférer des actifs à un tiers dans l'intention de les mettre hors de portée des créanciers. Elles ont souvent pour effet de désavantager tous les créanciers chirographaires. En général, on ne peut les annuler automatiquement en se référant, en tant que critère objectif, à une période déterminée durant laquelle elles ont été effectuées, car il faut prouver l'intention du débiteur, ce qui est rarement possible à l'aide de preuves directes mais peut se faire sur la base de caractéristiques communes à ces types d'opérations. Bien que différant d'un État à l'autre, il existe un certain nombre d'indices communs, notamment:

a) Les relations entre les parties à l'opération, à savoir lorsque celle-ci a été effectuée directement avec une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur ou indirectement par l'intermédiaire d'un tiers;

b) L'absence de contrepartie ou son insuffisance;

c) La situation financière du débiteur avant et après la conclusion de l'opération, en particulier lorsque le débiteur était déjà insolvable ou est devenu insolvable après l'opération;

d) La réalisation régulière ou répétée d'opérations consistant à transférer certains ou la quasi-totalité des actifs du débiteur après le début de difficultés financières ou la menace d'actions par les créanciers;

e) La chronologie générale des événements et des opérations considérés lorsque, par exemple, l'opération est intervenue peu après qu'une dette importante a été contractée;

f) La dissimulation de l'opération par le débiteur, en particulier lorsqu'elle n'intervient pas dans le cours normal des affaires ou qu'elle a été réalisée avec des parties fictives; ou

g) La fuite du débiteur.

173. Certaines lois précisent également les circonstances ou les types d'opérations où l'intention ou la mauvaise foi requises sont réputées ou peuvent être présumées, par exemple, dans le cas d'opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur qui interviennent pendant une période spécifiée avant l'ouverture de la procédure (pour plus de détails, voir ci-après, par. 182 à 184). Dans d'autres lois, il peut suffire, pour qu'une opération soit annulée, d'établir que le débiteur pouvait, et donc aurait dû, se rendre compte que l'effet d'une opération, sinon l'intention, était de défavoriser des créanciers et que le bénéficiaire pouvait, et donc aurait dû, se rendre compte que l'action du débiteur pouvait produire cet effet. Plusieurs lois disposent également que certains transferts, comme la translation de la propriété de biens immeubles, échappent à l'annulation dans cette catégorie d'opérations si ce transfert a été

effectué de bonne foi pour une juste valeur à une personne qui n'avait pas remarqué une intention de frauder les créanciers.

b) Opérations à un prix sous-évalué

i) Critères

174. Un débiteur qui a besoin de liquidités peut vendre des actifs rapidement à un prix sensiblement inférieur à leur valeur réelle afin d'obtenir un résultat rapide, sans jamais avoir eu l'intention de faire échouer ou de retarder le recouvrement des créances. Il risque cependant d'en résulter une nette réduction des actifs disponibles pour les créanciers en cas d'insolvabilité. Pour ces raisons, de nombreuses lois sur l'insolvabilité mettent l'accent sur l'échange d'une contrepartie dans une opération. Les opérations seraient généralement susceptibles d'annulation lorsque la contrepartie reçue par le débiteur à l'occasion de l'opération avec un tiers a été soit symbolique ou inexistante, par exemple dans le cas d'un don, soit nettement inférieure à la valeur réelle ou au prix du marché, à condition que l'opération ait été effectuée pendant la période suspecte. Selon d'autres lois, il faut aussi avoir constaté que l'opération a eu un effet désastreux sur le débiteur, par exemple qu'elle l'a laissé avec un capital beaucoup trop faible, qu'il était insolvable au moment de l'opération où qu'il l'est devenu à la suite de cette dernière. Entrent dans cette catégorie les opérations tant avec des créanciers qu'avec des tiers.

175. Une question importante à propos de ce type d'opérations est de savoir ce qui constitue un prix suffisamment "sous-évalué" aux fins de l'annulation et comment il peut être déterminé. Dans de nombreux États, c'est aux tribunaux qu'il appartient de le faire par référence à des critères tels que la valeur raisonnable ou le prix du marché au moment où l'opération a eu lieu, sur la base d'un témoignage d'expert. Lorsque l'on n'est pas certain des montants concernés dans une opération, un moyen d'aider le tribunal peut être de demander au représentant de l'insolvabilité de lui fournir une estimation de ces montants, qui pourrait être contestée sur présentation d'autres preuves par l'autre partie à l'opération. Le tribunal pourrait aussi se voir conférer le pouvoir de préciser un mode de détermination du prix au lieu d'être tenu de le déterminer lui-même. Étant donné la difficulté de prouver que le prix est sous-évalué, il peut être plus facile, dans certains pays, d'annuler une opération au motif qu'elle a eu pour effet d'accorder une préférence si elle a été conclue à un moment où le débiteur était dans l'incapacité de payer ses dettes exigibles. En outre, certaines lois considèrent qu'une contrepartie insuffisamment équitable ou l'absence de contrepartie est une preuve d'opération visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances.

ii) Moyens de défense

176. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que ces types d'opérations ne sont pas susceptibles d'annulation si certaines conditions sont réunies, notamment si le bénéficiaire a agi de bonne foi; si l'opération avait pour objet de permettre au débiteur de poursuivre ses activités; et s'il existait des raisons raisonnables de croire que l'opération serait profitable au cours normal des affaires du débiteur.

c) Opérations préférentielles

i) Critères

177. Les opérations préférentielles sont susceptibles d'annulation lorsque: *a)* elles ont été réalisées au cours de la période suspecte spécifiée; *b)* elles supposent un transfert à un créancier au titre d'une créance antérieure; *c)* à leur issue, le créancier se voit rembourser sur les actifs du débiteur une part de sa créance plus importante que celle d'autres créanciers du même rang ou de la même catégorie (en d'autres termes, il bénéficie d'un traitement préférentiel). De nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent également que le débiteur doit être insolvable ou presque insolvable au moment de l'opération, et certaines, en outre, qu'il doit avoir l'intention d'accorder un traitement préférentiel. L'application des dispositions d'annulation à ces types d'opérations s'explique par le fait que le débiteur sera probablement insolvable lorsque celles-ci sont réalisées à une date très rapprochée de l'ouverture d'une procédure. En outre, ces opérations portent atteinte au principe essentiel du traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation, en donnant à un membre d'une classe plus que ce qu'il aurait légalement le droit de recevoir.

178. Peuvent entrer dans la catégorie des opérations préférentielles, notamment les paiements ou compensations (*set-off*) de dettes non encore exigibles; l'exécution d'actes que le débiteur n'était pas dans l'obligation d'exécuter; la constitution d'une sûreté réelle pour garantir des créances non garanties antérieures; des méthodes inhabituelles de paiement, par exemple autres qu'en numéraire, de dettes exigibles; le paiement d'une dette d'un montant très important par rapport aux actifs du débiteur; et, dans certaines circonstances, le paiement de dettes face à des pressions extrêmes exercées par un créancier, notamment procès ou saisie, lorsque de telles pressions ont un fondement douteux. Bien que n'étant pas annulable en tant que telle, une compensation peut être considérée comme préjudiciable lorsqu'elle intervient peu de temps avant la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'elle a pour effet de modifier le solde des créances entre les parties en aboutissant ainsi à un traitement préférentiel ou encore lorsqu'elle implique le transfert ou la cession de créances entre créanciers pour accumuler les compensations. Une compensation est également susceptible d'annulation lorsqu'elle est réalisée

dans des circonstances irrégulières, par exemple, en l'absence de contrat entre les parties à l'opération.

ii) Moyens de défense

179. En réponse à une allégation de traitement préférentiel, il peut être démontré que l'opération, bien que présentant les caractéristiques d'un tel traitement, était en fait compatible avec la pratique commerciale normale et, en particulier, avec le cours normal des affaires entre les parties. Par exemple, un paiement effectué à la réception de marchandises qui sont livrées et réglées régulièrement ne sera probablement pas préférentiel même s'il intervient à une date proche de l'ouverture de la procédure. Ce principe encourage les fournisseurs de marchandises et de services à continuer de traiter avec un débiteur qui peut rencontrer des difficultés financières, mais dont l'entreprise reste potentiellement viable. D'autres moyens de défense prévus dans les lois sur l'insolvabilité sont notamment les suivants: le cocontractant a accordé un crédit au débiteur après que l'opération a été effectuée et ce crédit n'a pas été remboursé (ce moyen de défense est limité au montant du nouveau crédit); il a donné une nouvelle contrepartie pour laquelle il n'a pas reçu de sûreté réelle. Le cocontractant peut aussi démontrer qu'il ne savait pas qu'un traitement préférentiel serait accordé; qu'il ne savait pas ou ne pouvait pas savoir que le débiteur était insolvable ou que son actif était supérieur à son passif au moment de l'opération. Certains de ces moyens de défense, en particulier ceux qui reposent sur l'intention des parties à l'opération, ont l'inconvénient d'être difficiles à prouver et risquent de rendre l'action en annulation complexe, imprévisible et longue.

d) Sûretés réelles

180. Si les sûretés réelles opposables et réalisables en vertu des lois autorisant l'octroi d'une sûreté devraient généralement être validées par la loi sur l'insolvabilité, elles peuvent néanmoins être annulées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour les mêmes motifs que ceux invoqués pour contester et annuler toute autre opération. L'objectif d'une telle approche est d'empêcher un débiteur qui est dans l'incapacité de payer ses dettes de grever des actifs, sauf si la sûreté octroyée correspond à de nouveaux fonds qui lui sont avancés. Autrement, les actifs grevés ne seront pas disponibles pour l'ensemble des créanciers et leur utilisation par le débiteur sera limitée. La constitution d'une sûreté réelle pourrait être annulée au motif qu'il s'agit d'une opération visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances, ou encore d'une opération préférentielle ou à un prix sous-évalué. Il s'agira souvent d'une opération préférentielle, car elle implique un créancier antérieur. Parmi les opérations préférentielles, on pourrait citer par exemple: la constitution d'une sûreté peu de temps avant l'ouverture de la procédure qui, bien que valable par ailleurs, peut être considérée comme ayant favorisé injustement un créancier au détriment des autres; la constitution d'une sûreté

pour garantir une dette antérieure ou sur la base d'une contrepartie antérieure (ce que certains systèmes juridiques autorisent et d'autres non); les paiements reçus par un créancier garanti, si la sûreté de ce dernier est insuffisante et qu'il est intégralement remboursé pendant la période suspecte. Lorsque la sûreté est octroyée à un nouveau créancier, il se peut que l'opération ne soit pas préférentielle au sens de cette catégorie d'opérations, mais qu'elle puisse relever d'une autre catégorie. Certaines lois comportent des dispositions traitant spécifiquement de l'annulation de telles opérations, en particulier dans le cas de sûretés en faveur d'administrateurs (qui pourraient aussi être régies par des dispositions relatives aux opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur), auxquelles s'appliquent des critères différents concernant la fourniture d'une contrepartie et la période suspecte.

181. Des dispositions d'annulation peuvent aussi s'appliquer à une sûreté réelle qui n'a pas été rendue opposable aux tiers conformément à la loi applicable sur les opérations garanties et, dans certaines lois, à une sûreté réelle rendue opposable peu de temps avant l'ouverture de la procédure, ainsi qu'à des transferts à un créancier garanti par prélèvement sur le produit d'un actif grevé, lorsque l'opération créant la sûreté était viciée.

e) Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

182. Comme mentionné plus haut, l'un des critères qui intervient dans l'annulation de certaines opérations est la relation entre le débiteur et le cocontractant. Lorsque les catégories d'opérations susceptibles d'annulation mettent en jeu une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur (parfois appelée "personne rattachée " ou "initié"), les lois sur l'insolvabilité prévoient souvent des règles plus strictes, en particulier en ce qui concerne la longueur des périodes suspectes et le traitement de toute créance de cette personne (voir chap. V, par. 48) ainsi que les présomptions ou le renversement de la charge de preuve (voir plus loin, par. 199 à 201) pour faciliter l'action en annulation en supprimant la condition selon laquelle le débiteur devait être insolvable au moment de l'opération, ou l'être devenu à la suite de celle-ci. Un régime plus strict peut se justifier par le fait que ces parties ont plus de chances d'être favorisées ou sont souvent les premières à savoir quand le débiteur est effectivement en difficulté financière.

183. Les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur se définissent en général par divers niveaux de relations avec ce dernier. La plupart des États regroupent dans cette catégorie les personnes entretenant, sous une forme ou une autre, des relations professionnelles ou familiales avec le débiteur. Le législateur adopte en général, mais pas toujours, une approche directive. S'agissant des personnes qui ont une relation d'affaires avec le débiteur, une définition restrictive engloberait les administrateurs ou les dirigeants de l'entreprise débitrice, alors qu'une définition plus large pourrait englober non seulement les personnes qui exercent un contrôle effectif sur le débiteur mais

aussi tous les salariés de ce dernier et les garants des dettes de toute personne ayant une relation d'affaires avec le débiteur. De même, une relation familiale peut englober les parents et alliés voire, dans certaines lois, les personnes vivant dans le même foyer que le débiteur, ainsi que les fiduciaires administrant tout patrimoine dont le débiteur ou une personne rattachée à lui est bénéficiaire. Les parents et alliés des personnes qui entretiennent une relation d'affaires avec le débiteur sont aussi habituellement considérés comme des personnes ayant des liens privilégiés avec ce dernier. Dans de nombreux États, et c'est là un élément important, sont également considérées comme des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur celles qui ont eu une relation précise avec ce dernier dans le passé ou qui pourraient avoir une relation précise à l'avenir.

184. Lorsque le débiteur est une personne physique, d'autres lois (par exemple celles qui traitent du patrimoine des époux) peuvent entrer en jeu et influer sur l'application de la loi sur l'insolvabilité en ce qui concerne les opérations pouvant être annulées, par exemple en complétant ou en limitant les dispositions d'annulation qui y sont prévues. Il est souhaitable que ces lois soient alignées sur la loi sur l'insolvabilité et que tout effet sur la loi sur l'insolvabilité soit indiqué clairement dans cette dernière.

4. Opérations échappant aux actions en annulation

185. Il peut être souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie expressément d'exclure certaines opérations du champ d'application des pouvoirs d'annulation. Les opérations essentielles au fonctionnement des marchés financiers, par exemple la compensation (*netting*) avec déchéance du terme de valeurs mobilières et de contrats sur produits dérivés (voir plus loin chap. II, par. 208 à 215) est un exemple d'opérations devant échapper à l'application des dispositions d'annulation. Un autre exemple pourrait être les opérations intervenant lors de l'exécution d'un plan de redressement, lorsque celle-ci échoue et que la procédure est ensuite convertie en liquidation.

5. Effet de l'annulation: opérations nulles ou annulables

186. Lorsqu'une opération entre dans l'une quelconque des catégories ci-dessus, les lois sur l'insolvabilité la considèrent, soit comme nulle de plein droit soit comme annulable, en fonction du critère adopté pour chaque catégorie. Par exemple, les lois qui ne visent que les opérations ayant eu lieu pendant une période déterminée sans appliquer de critère subjectif prévoient parfois la nullité des opérations considérées. Toutefois, même si cette approche est adoptée, il se peut que le représentant de l'insolvabilité doive engager une procédure pour récupérer les actifs ou leur valeur équivalente auprès du cocontractant lorsque ce dernier ne les restitue pas ou n'en paie pas le prix.

187. Dans les lois où l'opération est annulable, le représentant de l'insolvabilité sera tenu de déterminer si l'annulation profitera à la masse, compte tenu des éléments de chaque catégorie d'opération annulable ainsi que du temps éventuellement nécessaire pour récupérer les actifs concernés ou leur valeur et des éventuels frais de justice. Ce pouvoir d'appréciation serait généralement soumis à l'obligation de maximiser la valeur de la masse, la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pouvant, dans certaines lois, être engagée s'il ne le fait pas.

6. Établissement de la période suspecte

188. La plupart des lois sur l'insolvabilité indiquent expressément la durée de la période suspecte pour les différentes opérations devant être annulées et précisent la date à partir de laquelle cette période est calculée rétroactivement, par exemple, tant de jours ou de mois, avant un événement ou une date donnés, comme la date du dépôt de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la date effective d'ouverture de la procédure ou la date fixée par décision du tribunal comme étant la date à laquelle le débiteur a cessé de payer ses dettes normalement ("cessation des paiements"). L'événement ou la date spécifiés par la loi dépendront d'autres caractéristiques du régime de l'insolvabilité, telles que les critères d'ouverture et notamment la question de savoir s'il risque d'y avoir un décalage entre la date de la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Par exemple, si plusieurs mois séparent la date de la demande de celle de l'ouverture et si la loi prévoit une période suspecte fixe s'appliquant rétroactivement à compter de la date effective d'ouverture, cette période coïncidera en partie avec ce délai d'attente, ce qui limitera l'efficacité potentielle des pouvoirs d'annulation. En revanche, si la procédure s'ouvre automatiquement dès le dépôt de la demande, il n'y aura pas de décalage. Pour traiter les cas où il y a un risque de décalage, une loi sur l'insolvabilité pourrait disposer que la période suspecte s'applique rétroactivement à compter de la date du dépôt de la demande et aborder différemment les opérations effectuées entre la date de la demande et celle de l'ouverture, par exemple en examinant si elles étaient frauduleuses ou si elles ont été réalisées dans le cours normal des affaires ou, lorsqu'un représentant provisoire de l'insolvabilité est nommé, si elles étaient ou non autorisées (voir plus haut, par. 70 à 73). Lorsque l'ouverture a lieu peu de temps après la demande, la période suspecte pourrait s'appliquer rétroactivement à compter de la date effective de l'ouverture.

189. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient une période suspecte unique pour tous les types d'opérations annulables, tandis que d'autres fixent des périodes différentes suivant le type d'opération et selon que le bénéficiaire du transfert est une personne ayant ou non des liens privilégiés avec le débiteur. Comme il a été indiqué plus haut, il y a aussi des lois qui combinent une période suspecte de courte durée pour certains types d'opérations qui sont

automatiquement annulées (et où il n'y pas de moyens de défense) et une période plus longue pour laquelle des éléments supplémentaires doivent être prouvés. Du fait que certaines opérations constituent des actes intentionnellement illicites, de nombreuses lois sur l'insolvabilité ne limitent pas la période pendant laquelle ces catégories d'opérations doivent avoir eu lieu pour être annulées. D'autres prévoient une période suspecte très longue (de 1 à 10 ans par exemple), à compter, en général, de la date d'ouverture de la procédure. À l'exception des opérations constituant des actes intentionnellement illicites, il est hautement souhaitable que les périodes suspectes soient raisonnablement brèves, de manière à assurer la sécurité commerciale et à réduire tout effet négatif que les dispositions d'annulation auront sur l'offre et le coût du crédit.

190. Lorsque des opérations préférentielles ou à un prix sous-évalué mettent en cause des créanciers qui ne sont pas des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, il est souhaitable que la période suspecte soit relativement brève et ne dépasse pas quelques mois (trois à six mois par exemple). En revanche, lorsque des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur sont en cause, des règles plus strictes peuvent s'appliquer et des périodes suspectes plus longues être fixées (par exemple des périodes de deux ans, contre trois à six mois pour les mêmes opérations ne mettant pas en jeu une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur). Pour les opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances, la période suspecte pourrait être plus longue, par exemple d'un à deux ans.

191. Une question connexe est de savoir si la période suspecte spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité peut être prorogée par le tribunal dans des cas appropriés, par exemple lorsque les opérations réalisées en dehors de la période suspecte spécifiée, dans des circonstances douteuses, ont entraîné une diminution de la masse. Si un tel pouvoir d'appréciation introduit une certaine souplesse dans la détermination des opérations devant entrer dans le champ d'application des dispositions d'annulation, il peut aussi retarder la procédure et ne permet pas aux créanciers de savoir de manière prévisible et claire quelles opérations sont susceptibles d'annulation. Si des opérations peuvent être dénouées à la discrétion du tribunal lorsqu'elles ont lieu à n'importe quel moment avant l'ouverture de la procédure, la sécurité dans les opérations commerciales et financières risque de s'en trouver réduite. Pour ces différentes raisons, il est souhaitable que la prorogation de la période suspecte soit limitée aux opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances, où les questions de sécurité commerciale présentent un moindre intérêt.

7. Conduite de l'action en annulation

a) Parties habilitées à engager la procédure

192. L'annulation d'une opération donnée exige en général qu'une demande soit déposée auprès du tribunal pour qu'il déclare l'opération nulle. Les lois sur l'insolvabilité adoptent diverses approches en ce qui concerne la partie habilitée à engager une telle procédure. Reconnaissant le rôle central du représentant de l'insolvabilité dans l'administration de la masse, de nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que la procédure d'annulation de certaines opérations devrait être engagée par lui, encore que certaines exigent qu'il obtienne l'accord des créanciers, ou d'une majorité de créanciers avant que toute procédure puisse être intentée. Il est aussi des lois qui permettent aux créanciers (et, dans certains cas, au comité des créanciers) d'engager l'action en annulation, certaines d'entre elles limitant cette faculté à ceux dont la créance est antérieure à l'opération contestée. Certaines des lois qui permettent aux créanciers d'engager la procédure exigent le consentement préalable du représentant de l'insolvabilité. En effet, l'obligation de demander le consentement du représentant de l'insolvabilité permet à ce dernier d'être informé de ce que les créanciers proposent et lui donne la possibilité de refuser, et d'éviter ainsi tout effet négatif d'une action en annulation sur l'administration de la masse.

193. Lorsque le consentement du représentant de l'insolvabilité est exigé, mais qu'il n'est pas obtenu, certaines lois sur l'insolvabilité autorisent un créancier à saisir le tribunal pour qu'il approuve l'ouverture de la procédure d'annulation. Le représentant de l'insolvabilité a le droit d'être entendu dans toute audience pour expliquer pourquoi il estime qu'une telle procédure ne devrait pas être engagée. À cette audience, le tribunal peut autoriser l'ouverture de la procédure d'annulation, ou décider de se prononcer sur le fond. Une telle approche peut contribuer à réduire la probabilité de toute entente entre les diverses parties. Lorsque les créanciers sont autorisés à engager une action en annulation, certaines lois exigent que ceux-ci paient les frais de cette procédure ou permettent que des sanctions leur soient imposées pour décourager tout abus potentiel de la procédure.

194. Lorsque le représentant de l'insolvabilité a seul le pouvoir d'engager l'action annulation et, compte tenu des différentes considérations examinées ci-dessus (à savoir pour des raisons autres que la négligence, la mauvaise foi ou une omission)[43], décide de ne pas l'engager pour certaines opérations, les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions concernant la conduite et le financement de cette procédure. Les modalités possibles de financement peuvent être particulièrement importantes lorsque les actifs de la masse sont insuffisants (le financement est examiné plus loin). S'agissant de la conduite de

[43]Voir chap. III, par. 49 à 52, sur les devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité.

la procédure, certaines lois autorisent un créancier ou le comité des créanciers à demander au représentant de l'insolvabilité d'engager une action en annulation lorsqu'il apparaît que cette dernière profiterait à la masse. D'autres lois autorisent également un créancier ou le comité des créanciers à engager cette procédure, lorsque les autres créanciers sont d'accord.

195. Lorsque les créanciers sont autorisés à engager une action en annulation, soit sur un pied d'égalité avec le représentant de l'insolvabilité, soit parce que ce dernier décide de ne pas l'engager, les lois sur l'insolvabilité adoptent des approches différentes concernant les actifs ou la valeur à récupérer. La plus courante consiste à considérer que les actifs ou la valeur récupérés par le créancier font partie de la masse du fait que la principale justification de l'action est de restituer de la valeur ou des actifs à la masse au profit de tous les créanciers, et non de procurer un avantage à tel ou tel créancier. D'autres lois disposent que tout ce qui est récupéré peut être utilisé tout d'abord pour désintéresser le créancier qui a engagé la procédure d'annulation, ou que le rang de priorité de la créance du créancier ou des créanciers poursuivant l'action peut être modifié.

b) Financement de l'action en annulation

196. La restriction la plus importante, dans un certain nombre d'États, à l'efficacité des dispositions d'annulation, est l'absence de fonds pour contester des opérations potentiellement annulables. Différentes approches ont été adoptées à l'égard de la question du financement. Certains États allouent des fonds publics au représentant de l'insolvabilité pour qu'il engage l'action en annulation, tandis que d'autres exigent que cette action soit financée sur la masse de l'insolvabilité, ce qui peut être indiqué lorsque les fonds sont suffisants mais pourrait, dans certains cas, empêcher la récupération d'actifs qui ont été soustraits précisément pour qu'il n'en reste pas suffisamment pour financer une telle action. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent le représentant de l'insolvabilité à habiliter un tiers à titre onéreux à engager l'action ou à demander à un prêteur de lui avancer des fonds pour l'engager. La disponibilité de ressources publiques aux fins du financement d'une action en annulation diffère considérablement d'un pays à un autre, ce qui peut justifier le recours à certains de ces autres mécanismes. Lorsqu'une telle action ne peut être financée par des actifs de la masse, ces mécanismes peuvent constituer, dans des cas appropriés, un moyen efficace de rétablir la valeur de ladite masse, d'éviter les abus, d'enquêter sur les actes déloyaux et de promouvoir la bonne gouvernance.

c) Délai pour engager l'action en annulation

197. Certaines lois sur l'insolvabilité fixent des délais précis pour l'engagement de l'action en annulation, alors que d'autres n'abordent pas la question. Les premières disposent, par exemple, que la procédure doit être engagée dans un

laps de temps déterminé après la date effective d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (par exemple, 3 ou 12 mois) ou avant expiration d'un délai (par exemple, dans les 6 mois) après que le représentant de l'insolvabilité a été en mesure de découvrir, d'évaluer et de contester les opérations. Si une loi sur l'insolvabilité doit fixer des délais précis, au lieu de se fonder sur ceux qui sont applicables dans d'autres lois, il serait souhaitable qu'elle en prévoie plusieurs, par exemple un après l'ouverture de la procédure et un après la découverte de l'opération par le représentant de l'insolvabilité. Une telle approche offre suffisamment de souplesse pour tenir compte des opérations qui sont dissimulées au représentant de l'insolvabilité et découvertes seulement après l'expiration du premier délai spécifié. Quelle que soit la solution retenue, il est souhaitable que le délai soit relativement court, comme dans les exemples donnés ci-dessus, pour éviter toute insécurité et assurer le déroulement rapide de la procédure d'insolvabilité.

d) Respect des critères d'annulation

198. Les lois sur l'insolvabilité énoncent des règles différentes en ce qui concerne les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération particulière. L'approche adoptée dépendra de la manière dont l'équilibre est établi entre, d'une part, l'annulation d'opérations qui sont déloyales ou financièrement préjudiciables pour la masse de l'insolvabilité et, d'autre part, la protection des opérations commerciales qui ne sont pas considérées comme telles en dehors de l'insolvabilité. Quelle que soit l'approche qu'elle adopte en ce qui concerne le respect des critères d'annulation, il est hautement souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce avec précision quels éléments des critères doivent être prouvés par quelle partie, de sorte que le représentant de l'insolvabilité qui essaie de faire annuler une opération particulière et le cocontractant qui cherche à empêcher cette annulation sachent exactement ce qu'on exige d'eux.

199. Dans certaines lois, c'est au débiteur qu'il incombe de prouver que l'opération ne relève d'aucune catégorie d'opérations annulables et, par exemple, qu'elle entre dans le cours normal des affaires. D'autres lois sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité ou toute autre personne autorisée à contester l'opération, par exemple un créancier, est tenu de prouver que l'opération satisfait aux critères d'annulation. Lorsque l'intention figure au nombre de ces critères, il sera souvent très difficile de la prouver et la partie à laquelle incombe la charge de la preuve perdra dans la plupart des cas. Pour surmonter cette difficulté, certaines lois autorisent le renversement de la charge de la preuve à l'encontre du cocontractant, par exemple lorsqu'il est difficile pour le représentant de l'insolvabilité d'établir que le débiteur avait effectivement l'intention de frauder les créanciers, sauf à recourir à des indices extérieurs, des faits objectifs ou d'autres éléments de preuve indirecte. Toutefois, pratiquement, l'incapacité du débiteur d'expliquer de façon

satisfaisante le but commercial d'une opération particulière, qui a soustrait de la valeur à la masse, peut être un indice de l'intention requise.

200. Selon une autre approche, l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certains types d'opérations sont réalisées pendant la période suspecte, le cocontractant ayant la charge de prouver qu'il en est autrement. Il peut s'agir, par exemple, d'opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, du paiement de dettes non échues et d'un paiement avec ou sans contrepartie. Selon une autre approche encore, lorsqu'un certain type d'opération est effectué pendant la période suspecte et a eu un certain effet, par exemple accorder un traitement préférentiel, l'intention d'accorder un tel traitement est présumée sauf preuve contraire. À moins que le cocontractant ne puisse réfuter la présomption, l'opération sera annulée et le représentant de l'insolvabilité pourra recouvrer les actifs en cause ou obtenir une décision judiciaire pour la valeur de ces actifs.

201. Lorsque la connaissance par le cocontractant de l'insolvabilité du débiteur est une condition requise pour obtenir l'annulation, certaines lois sur l'insolvabilité présument que le cocontractant était au courant des difficultés financières du débiteur si l'opération présentait certaines caractéristiques, par exemple s'il s'agit d'un remboursement de dettes non échues ou sous une forme inhabituelle ou d'une opération réalisée peu de temps avant une demande d'ouverture ou avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

8. Responsabilité des autres parties à une opération annulée

202. Lorsqu'une opération est annulée, se pose la question de savoir quel est l'effet de l'annulation sur le cocontractant. Dans la plupart des lois sur l'insolvabilité, lorsqu'une opération est annulée, elle est effacée et le cocontractant est tenu de restituer les actifs obtenus ou de faire un versement en espèces équivalent à la valeur de l'opération en faveur de la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que le représentant de l'insolvabilité peut obtenir un jugement pour la valeur des biens en cause. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent en outre qu'un cocontractant qui a restitué des actifs ou une certaine valeur peut déclarer une créance en tant que créancier chirographaire dans le cadre de la procédure d'insolvabilité à hauteur des actifs restitués dans le cas d'une opération préférentielle et du montant de la contrepartie versée dans le cas d'une opération à un prix sous-évalué. Lorsque le cocontractant ne restitue ni actifs ou ni valeur, les voies de droit disponibles sont prévues, pour la plupart, dans des lois autres que la loi sur l'insolvabilité. Toutefois, certaines lois sur l'insolvabilité disposent qu'en plus de l'annulation de l'opération, une créance du cocontractant (pour des montants dus en sus de ceux intervenant dans l'opération annulable) peut être rejetée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité.

9. Conversion d'une procédure de redressement en procédure de liquidation

203. Lorsqu'une procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation, il peut être nécessaire d'examiner l'effet de cette conversion sur l'exercice des pouvoirs d'annulation pour les paiements effectués dans le courant de la procédure de redressement et la fixation de la période suspecte.

Recommandations 87 à 99

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions d'annulation est:

a) De reconstituer l'intégrité de la masse et d'assurer un traitement équitable aux créanciers;

b) D'offrir une sécurité juridique aux tiers en établissant des règles claires pour les cas dans lesquels les opérations effectuées avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et impliquant le débiteur ou des biens du débiteur peuvent être considérées comme préjudiciables et donc susceptibles d'annulation;

c) De permettre l'annulation de ces opérations à l'ouverture de la procédure; et

d) De faciliter le recouvrement de sommes d'argent ou d'actifs auprès des personnes qui sont parties à des opérations annulées.

Contenu des dispositions législatives

Opérations annulables[44] *(par. 170 à 179)*

87. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire des opérations impliquant le débiteur ou des actifs de la masse et ayant pour effet soit de réduire la valeur de la masse, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers. Elle devrait spécifier que les types d'opérations ci-après sont annulables:

a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers lorsque l'opération a eu pour effet de mettre des actifs hors de portée des créanciers ou des créanciers potentiels ou de léser d'une autre manière les intérêts des créanciers;

b) Les opérations dans lesquelles le débiteur a transféré un droit sur un bien ou a souscrit une obligation à titre gratuit ou pour une contrepartie symbolique, inférieure ou insuffisante et qui sont intervenues à un moment où

[44]Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement un des nombreux actes juridiques – ou la combinaison de plusieurs d'entre eux – permettant de disposer d'actifs ou de contracter des obligations, notamment un transfert, un paiement, la constitution d'une sûreté réelle ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt, la renonciation à un droit ou une action visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers.

il était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué); et

c) Les opérations intervenues à un moment où le débiteur était insolvable, dans lesquelles un créancier a obtenu une part des actifs de ce dernier supérieure à la proportion qui lui revient ou en a reçu le bénéfice (opérations préférentielles).

Sûretés réelles (par. 180)

88. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, bien qu'elle soit opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, une sûreté réelle peut être soumise aux dispositions d'annulation qu'elle prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Établissement de la période suspecte (par. 188 à 191)

89. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les opérations décrites aux alinéas *a)* à *c)* de la recommandation 87 peuvent être annulées si elles sont intervenues au cours d'une période déterminée (la période suspecte) calculée rétroactivement à partir d'une date déterminée, soit la date de la demande d'ouverture, soit la date de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Elle peut spécifier des périodes suspectes différentes pour des types d'opérations différents.

Opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (par. 182 à 184)

90. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que la période suspecte est plus longue pour les opérations annulables impliquant des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur que pour les opérations effectuées avec des personnes n'ayant pas de liens privilégiés avec lui.

91. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les catégories de personnes ayant une relation suffisante avec le débiteur pour être considérées comme des personnes ayant des liens privilégiés avec lui[45].

Opérations échappant aux actions en annulation (par. 185)

92. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les opérations qui échappent aux actions en annulation, notamment les contrats financiers.

Conduite de l'action en annulation (par. 192 à 195)

93. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité est la principale personne habilitée à engager l'action en annulation[46]. Elle peut aussi permettre aux créanciers d'engager une telle action avec l'accord du représentant de l'insolvabilité et, lorsque ce dernier ne donne pas son accord, leur permettre de demander l'autorisation au tribunal d'engager l'action.

---

[45]Le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" est défini dans le glossaire (voir Introduction, par 12 *kk)*).

[46]Des questions concernant l'annulation peuvent aussi se poser dans le cadre d'une procédure engagée par une autre personne, dans laquelle le représentant de l'insolvabilité se défend contre des mesures d'exécution en intentant une action en annulation.

Financement de l'action en annulation (par. 196)

94. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les frais de l'action en annulation sont assimilés à des dépenses afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité.

95. La loi sur l'insolvabilité peut prévoir d'autres solutions pour l'engagement et le financement de l'action en annulation.

Délais pour engager l'action en annulation (par. 197)

96. La loi sur l'insolvabilité ou les règles de procédure applicables devraient spécifier le délai dans lequel une action en annulation peut être engagée. Ce délai devrait commencer à courir à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Pour les opérations mentionnées dans la recommandation 87 qui ont été dissimulées et dont on ne pouvait pas attendre du représentant de l'insolvabilité qu'il les découvre, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir que le délai commence à courir à la date de leur découverte.

Éléments d'annulation et moyens de défense (par. 198 à 201)

97. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération donnée, la partie chargée de les prouver, ainsi que les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation, par exemple le fait que l'opération a été conclue dans le cours normal des affaires avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La loi peut aussi établir des présomptions et autoriser le renversement de la charge de la preuve pour faciliter la conduite de l'action en annulation.

Responsabilité des autres parties à l'opération annulée (par. 202)

98. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que l'autre partie à une opération annulée doit restituer à la masse les actifs qu'elle a obtenus ou, si le tribunal l'ordonne, faire à la masse un paiement en espèces correspondant à la valeur de l'opération. Elle devrait déterminer si l'autre partie à une opération annulée aurait une créance chirographaire ordinaire.

99. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier, lorsque le cocontractant ne se conforme pas à la décision du tribunal annulant l'opération, que non seulement l'opération sera annulée et d'autres mesures appliquées, mais qu'une créance déclarée par lui pourra aussi être rejetée.

G. Droits à compensation (*set-off*)

204. L'exercice, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, de droits à compensation d'obligations réciproques découlant d'opérations ou d'activités du débiteur antérieures à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est important non seulement pour la prévisibilité commerciale et l'offre de crédit, mais aussi parce qu'il évite l'abus de la procédure à des fins stratégiques. Pour ces raisons, il est hautement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité protège ces droits.

205. Dans la majorité des systèmes juridiques, les droits à compensation ne sont pas soumis à l'arrêt des poursuites et peuvent être exercés après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, que les obligations réciproques soient nées d'un seul ou de plusieurs contrats et qu'elles arrivent à échéance avant ou après l'ouverture. Certains systèmes font cependant une distinction: ils admettent la compensation d'obligations venant à échéance avant l'ouverture de la procédure, mais limitent ou excluent celle d'obligations venant à échéance après.

206. Une autre approche consiste à préserver les droits à compensation, que les obligations réciproques viennent à échéance avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais à les soumettre à l'arrêt des poursuites comme les droits des créanciers garantis. Dans les systèmes qui adoptent cette approche, le créancier est traité comme un créancier garanti à concurrence de ses propres droits à compensation valables mais non exercés et ces droits sont protégés de la même façon que les sûretés réelles[47].

207. Presque toutes les lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions qui permettent au représentant de l'insolvabilité de demander l'annulation des effets de certaines mesures prises par les créanciers avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dans le but d'accroître leurs droits à compensation (par exemple, par l'achat de créances au rabais afin d'accumuler de tels droits). La nature et la portée de ces dispositions varient.

Recommandation 100

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la compensation (*set-off*) est:

a) De permettre de déterminer avec certitude l'effet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur l'exercice des droits à compensation;

b) De spécifier les types d'obligations qui peuvent être compensées entre elles après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; et

c) De spécifier l'effet d'autres dispositions de la loi (par exemple, les dispositions d'annulation et l'arrêt des poursuites) sur l'exercice des droits à compensation.

Contenu des dispositions législatives

100. La loi sur l'insolvabilité devrait protéger un droit général à compensation existant en vertu d'une autre loi qui est né avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, sous réserve de l'application des dispositions d'annulation.

[47]Voir plus haut, par. 59 à 69.

H. Contrats financiers et compensation globale (*netting*)

208. Les contrats financiers sont devenus un élément essentiel des marchés internationaux des capitaux. Entre autres choses, ils accroissent l'offre de crédit et constituent un moyen important de se prémunir contre les fluctuations des taux de change, des taux d'intérêt et autres fluctuations du marché. Étant donné la façon dont ces opérations sont structurées et attestées, il est impératif de savoir avec certitude ce qui se passera en cas de défaillance – y compris pour cause d'insolvabilité – d'une des parties.

209. Les contrats financiers comprennent, entre autres, les contrats sur valeurs mobilières, les contrats sur produits de base, les contrats à terme, les contrats d'option, les contrats d'échange, les accords de prise en pension, les conventions-cadres de compensation globale et autres contrats analogues. Un débiteur conclut souvent plusieurs contrats financiers avec un cocontractant dans le cadre d'une seule et même opération, et l'offre de crédit augmente si les droits découlant de ces contrats sont pleinement exécutoires conformément à leurs clauses, ce qui permet aux cocontractants de consentir des crédits sur la base de leur exposition nette périodiquement recalculée compte tenu de la valeur de tous les contrats "ouverts".

210. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les cocontractants cherchent à "dénouer" les positions ouvertes et à "compenser" (*net*) l'ensemble des obligations découlant des contrats financiers avec le débiteur. La "compensation avec déchéance du terme" comprend deux phases: premièrement, la résiliation de tous les contrats en cours suite à l'ouverture de la procédure ("dénouement"); et deuxièmement, la compensation (*set-off*) de l'ensemble des obligations découlant des opérations ainsi dénouées sur une base cumulée ("compensation globale" (*netting*)).

211. Autoriser la "compensation avec déchéance du terme" après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contribue dans une large mesure à atténuer les risques systémiques qui pourraient menacer la stabilité des marchés financiers. La valeur d'un contrat financier ou le risque qu'il implique peuvent varier considérablement d'un jour à l'autre (et parfois d'heure en heure) en fonction de la situation des marchés financiers. Autrement dit, la valeur de ce type de contrats peut être extrêmement volatile. Il est courant que les cocontractants atténuent les risques, ou se prémunissent contre eux, en concluant avec des tiers un ou plusieurs contrats "symétriques" ou de "couverture", dont la valeur fluctue en sens inverse de celle du contrat avec le débiteur[48].

212. Que le débiteur s'acquitte ou non de son contrat avec le cocontractant, ce dernier doit exécuter le contrat de couverture qu'il a conclu avec des tiers. Si le

[48]Le terme "contrat" employé dans la présente section peut désigner un seul ou plusieurs contrats.

débiteur devient insolvable et ne peut remplir son contrat, le cocontractant se trouve exposé à la volatilité du marché, car ses positions de couverture ne sont plus "couvertes" par son contrat avec le débiteur. En général, il cherche alors à "couvrir" ses positions en passant un ou plusieurs nouveaux contrats de façon à limiter son exposition aux fluctuations futures du marché. Il ne peut toutefois le faire tant qu'il n'a pas la certitude qu'il ne sera pas tenu d'exécuter son contrat avec le débiteur. Il compte sur la faculté de dénouer ce contrat, qui lui permet de se "couvrir" rapidement après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

213. En l'absence de possibilité de dénouer les positions ouvertes et de compenser les obligations découlant de contrats non exécutés, comme décrit ci-dessus, rapidement après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, l'inexécution des contrats par le débiteur (ou sa décision d'exécuter les contrats rentables uniquement) pourrait mettre le cocontractant dans l'incapacité de s'acquitter des contrats financiers connexes qu'il a passés avec d'autres agents économiques. L'insolvabilité d'un acteur économique important risquerait d'entraîner une série de défaillances dans des opérations adossées, ce qui pourrait mettre d'autres acteurs du marché en difficulté financière et, dans le pire des cas, provoquer l'effondrement financier d'autres cocontractants, y compris d'institutions financières réglementées. Cet effet domino, souvent appelé "risque systémique" est invoqué comme argument de poids pour autoriser les participants à dénouer et à compenser leurs obligations d'une manière qui ne serait normalement pas autorisée par la loi sur l'insolvabilité.

214. Un risque systémique peut aussi découler des incertitudes quant au caractère définitif des paiements et règlements de contrats financiers dans les systèmes centraux de paiement et de règlement. Ces systèmes appliquent des arrangements de compensation globale, bilatérale ou multilatérale. Pour prévenir ce risque, il faudrait reconnaître et protéger la compensation globale des contrats financiers ainsi que le caractère définitif du clearing et du règlement effectués par leur intermédiaire en cas d'insolvabilité d'un des participants.

215. Dans de nombreux États, l'application des règles générales relatives à l'insolvabilité permettra l'exécution financière conformément à leurs clauses après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité en donnant effet aux clauses de résiliation déclenchées par l'insolvabilité (voir plus haut paragraphes 114 à 119 et recommandations 70 et 71) et en autorisant la compensation (*set-off*) des obligations, que l'action pour rupture de contrat soit fondée sur une clause de résiliation automatique ou qu'elle soit engagée avant l'ouverture de la procédure. Dans d'autres États, où les dispositions relatives à l'insolvabilité limitent l'effet des clauses de résiliation automatique ou arrêtent ou limitent l'exercice des droits à compensation (*set-off*) et d'autres voies de droit des créanciers, il faudra que la loi sur l'insolvabilité prévoie des exceptions pour permettre le plein exercice des voies de droit concernant les contrats financiers. Il est souhaitable aussi d'étendre les exceptions aux dispositions d'annulation

qui pourraient autrement s'appliquer aux contrats financiers ainsi qu'à toutes restrictions qui limiteraient la possibilité de faire jouer une sûreté réelle pour des obligations découlant de contrats financiers qui demeurent non exécutées une fois toutes les compensations effectuées. Les exceptions concernant les contrats financiers devraient être suffisamment larges pour protéger les intérêts importants des parties qui réalisent des opérations sur contrats financiers et pour prévenir le risque systémique.

Recommandations 101 à 107

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la compensation globale (*netting*) et la compensation (*set-off*) dans le contexte des opérations financières sur les marchés financiers est de réduire la possibilité d'un risque systémique qui pourrait menacer la stabilité de ces marchés en sécurisant les droits des parties à un contrat financier en cas de défaillance de l'une d'entre elles pour cause d'insolvabilité. Les présentes recommandations ne sont pas censées s'appliquer aux opérations autres que des contrats financiers et resteraient soumises à la loi applicable à la compensation et à la compensation globale.

Contenu des dispositions législatives

101. La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître les droits contractuels de résiliation associés à des contrats financiers qui permettent la résiliation de ces derniers et la compensation ou compensation globale des obligations non acquittées qui en découlent rapidement après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Lorsque la loi sur l'insolvabilité soumet la résiliation des contrats à l'arrêt des poursuites ou limite l'applicabilité des clauses de résiliation automatique dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ces restrictions ne devraient pas s'appliquer aux contrats financiers[49].

102. Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés par un cocontractant, la loi sur l'insolvabilité devrait autoriser ce dernier à procéder à la compensation ou compensation globale des obligations découlant de ces contrats de manière à déterminer son exposition nette par rapport au débiteur, que la résiliation des contrats intervienne avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Lorsque la loi sur l'insolvabilité limite ou arrête l'exercice des droits à compensation dès l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ces restrictions ne devraient pas s'appliquer à la compensation ou compensation globale des contrats financiers.

103. Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés réelles garantissant les obligations découlant de ces contrats. Les contrats

[49]Cela permettra aux acteurs du marché de consentir des crédits sur la base de positions "nettes" et empêchera le débiteur de choisir d'exécuter les contrats qui lui conviennent et de rompre les autres, aspect particulièrement important dans le cas des contrats financiers à cause du risque systémique.

financiers ne devraient pas être soumis à un éventuel arrêt des poursuites appliqué à la réalisation des sûretés par la loi sur l'insolvabilité.

104. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les transferts de routine effectués avant faillite selon la pratique du marché, tels que la fourniture d'un dépôt de garantie pour des contrats financiers[50] et les transferts réalisés pour régler des obligations découlant de contrats financiers[51], ne devraient pas être susceptibles d'annulation.

105. La loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître et protéger le caractère définitif de la compensation globale, du clearing et du règlement des contrats financiers par l'intermédiaire de systèmes de paiement et de règlement en cas d'insolvabilité d'un participant au système.

106. Les recommandations 101 à 105 devraient s'appliquer à toutes les opérations qui sont considérées comme des "contrats financiers", qu'une institution financière fasse ou non partie des cocontractants[52].

107. Les contrats financiers devraient être définis de façon suffisamment large pour englober les divers types de contrats financiers existants ainsi que les nouveaux, à mesure qu'ils apparaîtront.

[50]Fourniture de fonds ou de titres supplémentaires pour garantir des opérations conformément à une formule contractuelle qui tient compte des fluctuations de la valeur marchande du contrat et des titres déjà affectés en garantie. Par exemple, dans un contrat d'échange, un dépôt représentant 105 % de la valeur de l'opération peut être exigé pour maintenir la valeur de liquidation du contrat. Si la garantie tombe à 100 %, un dépôt supplémentaire peut être exigé.

[51]Dans certains cas, un règlement pourrait être considéré comme un traitement préférentiel. Dans l'exemple d'un contrat d'échange, les règlements doivent être effectués chaque mois ou bien à la fin du contrat sur la base de la valeur marchande de ce dernier. Ces règlements ne sont pas des transferts d'une valeur correspondant à la valeur actuelle du contrat au moment où ils sont effectués, mais un règlement d'une dette accumulée arrivée à échéance. Dans les pays qui ont prévu une période suspecte fixe pour toutes les opérations intervenant avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un tel règlement pourrait aussi être annulable.

[52]Même si un contrat financier donné ne fait pas intervenir d'institution financière, l'insolvabilité d'un cocontractant pourrait entraîner un risque systémique.

III. Participants

A. Débiteur[1]

1. Introduction

1. S'agissant du rôle dévolu au débiteur dans la procédure d'insolvabilité, les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches, faisant généralement une distinction entre liquidation et redressement. Une participation du débiteur – sous une forme ou une autre – aux activités de gestion sera d'autant plus nécessaire que l'entreprise doit être maintenue (soit pour être cédée dans le cadre d'une liquidation en vue de la poursuite de l'activité, soit pour être redressée). Le débiteur aura aussi un rôle à jouer en aidant le représentant de l'insolvabilité à remplir ses propres fonctions et en fournissant à ce dernier ou au tribunal des informations sur son entreprise. Il aura non seulement des obligations mais également certains droits en ce qui concerne la procédure, tels que le droit d'être entendu pendant celle-ci, d'être informé et de conserver des biens personnels. Pour garantir le bon déroulement de la procédure et apporter une certaine sécurité juridique à toutes les parties concernées, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité définisse clairement l'étendue des droits et obligations du débiteur.

2. Poursuite de l'exploitation de l'entreprise débitrice et rôle du débiteur

a) Liquidation

2. Une fois la procédure de liquidation ouverte, la conservation de la masse nécessite des mesures globales visant à protéger celle-ci non seulement contre les actions des créanciers mais également contre le débiteur. C'est pourquoi de nombreuses lois sur l'insolvabilité dessaisissent le débiteur de tous droits de contrôler les actifs ainsi que de gérer et d'exploiter l'entreprise en liquidation et prévoient la nomination d'un représentant de l'insolvabilité chargé d'assumer toutes les attributions qui sont retirées au débiteur, à savoir, notamment, les pouvoirs liés à l'utilisation et à la disposition des actifs mais également le droit d'agir en demande ou en défense au nom de la masse et le droit de recevoir tous paiements destinés au débiteur. Après l'ouverture de la procédure de liquidation, toute opération sur des actifs de la masse, notamment tout transfert

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

de ces actifs, effectuée sans l'autorisation du représentant de l'insolvabilité, du tribunal ou des créanciers (selon ce que prévoit la loi sur l'insolvabilité) sera généralement nulle (ou, dans certaines lois, annulable) et les actifs transférés (ou leur valeur) susceptibles d'être recouvrés au profit de la masse de l'insolvabilité (voir chap. II, par. 70 à 73).

3. Lorsqu'il est établi que le moyen le plus efficace de liquider la masse est de céder l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, certaines lois prévoient que le représentant de l'insolvabilité devra superviser et contrôler l'ensemble des activités du débiteur, lequel est autorisé à accroître la valeur de la masse et à faciliter la vente des actifs en continuant de l'aider et de le conseiller. Cette solution peut se justifier par le fait que le débiteur connaît bien son entreprise, ainsi que le marché ou le secteur d'activité dans lequel elle opère et qu'il entretient une relation suivie avec les créanciers, les fournisseurs et les clients.

b) Redressement

4. S'agissant de la procédure de redressement, les avis sont partagés sur la question de savoir dans quelle mesure le dessaisissement du débiteur est la solution la plus appropriée et, en cas de dessaisissement partiel, quel rôle celui-ci peut encore jouer et comment ce rôle s'articule avec celui des autres participants. Le rôle du débiteur peut dépendre en grande partie de sa bonne foi durant la procédure et sera donc d'une utilité discutable en cas de mauvaise foi. Il peut aussi dépendre de l'existence d'un système de gouvernance efficace et indépendant permettant de lutter contre l'incompétence ou les comportements intéressés. Le maintien du débiteur pourra aussi être plus ou moins avantageux selon que l'ouverture de la procédure a été demandée par ce dernier ou par les créanciers. Dans ce dernier cas, le débiteur risque de se montrer peu coopératif voire hostile au point que sa participation devienne inutile. Le choix du rôle à attribuer au débiteur peut dépendre d'un certain nombre de facteurs, tels que la culture d'entreprise au niveau local; le rôle des banques; l'existence de systèmes de gouvernement d'entreprise et leur efficacité; l'efficacité des institutions s'occupant d'insolvabilité; le degré de supervision exercé par les tribunaux ou exigé d'eux; l'efficacité et l'accessibilité des tribunaux; et la mesure dans laquelle les incitations au dépôt de demandes d'ouverture sont considérées comme importantes pour l'élaboration du régime de l'insolvabilité.

i) Avantages et inconvénients d'un maintien du débiteur

5. Le maintien du débiteur peut présenter un certain nombre d'avantages. Celui-ci aura souvent une connaissance directe et intime de son entreprise et du secteur d'activité dans lequel elle opère. Cette connaissance est particulièrement importante dans le cas des entreprises individuelles et des sociétés en participation de petite taille et peut, si l'activité doit être poursuivie, justifier qu'on laisse le débiteur intervenir dans la prise des décisions de gestion à court terme et au jour le jour. Elle peut également aider le représentant de

l'insolvabilité à exercer ses fonctions avec une compréhension plus directe et plus complète du fonctionnement de l'entreprise débitrice. Pour des raisons analogues, le débiteur est souvent bien placé pour proposer un plan de redressement. En pareils cas, son dessaisissement total, indépendamment de sa part de responsabilité dans les difficultés financières de l'entreprise, non seulement peut décourager l'esprit d'entreprise et la prise de risque en général et dissuader les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure de redressement à un stade précoce mais risque également de compromettre les chances de succès de ce type de procédure.

6. S'il est souhaitable que le débiteur continue de jouer un rôle, on doit peut-être aussi tenir compte d'un certain nombre d'inconvénients éventuels. Il est possible que les créanciers ne lui fassent pas confiance en raison des difficultés financières de l'entreprise (et de la part de responsabilité qu'il peut avoir dans ces difficultés), confiance qui devra être rétablie pour que l'entreprise soit redressée avec succès. Le fait de permettre au débiteur de continuer à exploiter l'entreprise sans contrôle suffisant sur ses pouvoirs risque d'exacerber non seulement la méfiance mais également l'hostilité des créanciers. Un facteur susceptible de faire changer d'avis les créanciers sur ce point est l'existence d'un système efficace de gouvernement d'entreprise et son application par le débiteur. Lorsqu'un tel système fait défaut, les créanciers préféreront sans doute que soit nommé un représentant de l'insolvabilité qui remplacera le débiteur ou le supervisera étroitement.

7. Un système perçu comme étant trop favorable au débiteur peut amener les créanciers à se désintéresser de la procédure et à refuser d'y participer, ce qui risque alors de rendre difficile la surveillance de la conduite du débiteur lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que cette surveillance soit exercée par les créanciers. Il peut aussi favoriser les conflits dans la procédure d'insolvabilité, ce qui ne ferait qu'accroître les dépenses et les retards. Un débiteur peut avoir ses propres projets, qui sont incompatibles avec les objectifs du régime de l'insolvabilité et, en particulier, avec l'objectif de maximisation des sommes recouvrées au profit des créanciers. Son but prioritaire peut être, par exemple, de faire le nécessaire pour ne pas perdre le contrôle de son entreprise et non de maximiser la valeur de ses actifs au profit des créanciers. En outre, pour réussir, la procédure de redressement peut exiger non seulement que l'on apporte des changements auxquels le débiteur n'est peut-être pas favorable mais également que celui-ci ait les connaissances et l'expérience lui permettant d'utiliser la loi sur l'insolvabilité pour remédier à ses difficultés financières. Un autre facteur dont il faut tenir compte est la manière dont la procédure a été ouverte, à savoir à la demande du débiteur ou des créanciers (le débiteur pouvant se montrer dans le second cas hostile envers les créanciers).

8. S'agissant du rôle joué par le débiteur, plusieurs lois sur l'insolvabilité font une distinction entre, d'une part, la période allant de l'ouverture de la procédure à l'approbation du plan de redressement et, d'autre part, la période

postérieure à cette approbation. Pour ce qui est de la première, ces lois énoncent des règles précises concernant la possibilité pour le débiteur de gérer et de contrôler l'activité de l'entreprise au jour le jour et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité indépendant. Pour la seconde, les restrictions applicables à la gestion et au contrôle de l'entreprise par le débiteur peuvent être levées et ce dernier se chargera de l'exécution du plan approuvé.

9. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions pour concilier les avantages et les inconvénients décrits plus haut. Ces solutions vont du dessaisissement du débiteur, qui est remplacé par un représentant de l'insolvabilité, à son maintien à la tête de l'entreprise avec une supervision minimale, en passant par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité exerçant une supervision plus ou moins stricte et par le maintien des dirigeants existants. La solution retenue a des incidences sur la structure du régime de l'insolvabilité et, en particulier, sur l'équilibre à assurer entre les différents participants et la mesure dans laquelle les mécanismes correcteurs, qu'ils soient prévus par le tribunal ou par les créanciers, seront appliqués. S'agissant du rôle du débiteur, il convient de garder à l'esprit que, dans le cas d'une personne morale, la direction en place au moment de l'ouverture de la procédure ne sera pas nécessairement maintenue tout au long de la procédure.

ii) Solutions concernant le rôle du débiteur

a. Dessaisissement total du débiteur

10. Cette solution consiste, comme dans la liquidation, à retirer tout contrôle de l'entreprise au débiteur et à nommer un représentant de l'insolvabilité chargé d'exercer les fonctions de gestion de l'entreprise à sa place. Comme on l'a vu plus haut, toutefois, un dessaisissement total peut désorganiser l'entreprise et nuire à la poursuite de son exploitation à un stade critique de sa survie.

b. Supervision du débiteur par le représentant de l'insolvabilité

11. Une solution intermédiaire consiste à répartir le contrôle de l'entreprise de différentes manières entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, ce qui implique généralement une supervision plus ou moins stricte du premier par le second. Le représentant de l'insolvabilité peut, par exemple, superviser dans l'ensemble les activités du débiteur et approuver les opérations importantes, tandis que le débiteur continue d'exploiter l'entreprise et de prendre les décisions au jour le jour. Cette solution devra sans doute être étayée par des règles relativement précises pour que la division des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur soit claire et que l'on sache avec certitude la façon dont le redressement sera opéré. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent, par exemple, que certaines opérations – comme contracter de nouvelles dettes, transférer ou nantir des actifs et octroyer des droits d'utilisation des biens de la masse – peuvent être réalisées sans l'autorisation du

représentant de l'insolvabilité ou du tribunal à condition qu'elles entrent dans le cours normal des affaires, une autorisation étant requise dans le cas contraire. La surveillance de la trésorerie de l'entreprise peut être un moyen supplémentaire de superviser le débiteur et ses opérations.

12. Si le débiteur ne respecte pas les restrictions prévues et conclut des contrats sans obtenir d'abord l'autorisation requise, il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité aborde la question de la validité de telles opérations et prévoie des sanctions appropriées. Une loi sur l'insolvabilité, par exemple, autorise dans ce cas le tribunal à mettre purement et simplement fin à la procédure. L'opportunité d'une telle mesure dépendra non seulement de la manière dont la procédure a été ouverte – à savoir à la demande du débiteur ou des créanciers (il ne faudrait pas que le débiteur puisse faire échouer la procédure ouverte à la demande des créanciers en refusant de se soumettre à la loi sur l'insolvabilité ou aux décisions du tribunal) – mais également de l'intérêt que la mesure présentera pour toutes les parties impliquées dans la procédure et de l'existence dans la loi sur l'insolvabilité d'autres mécanismes permettant de remédier à ce genre de comportement de la part du débiteur (notamment la possibilité de convertir le redressement en liquidation).

13. Les lois sur l'insolvabilité qui énumèrent les opérations soumises à autorisation tracent une ligne de partage relativement claire entre les tâches du débiteur et celles du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal. Un certain nombre d'entre elles autorisent en outre le représentant de l'insolvabilité à exercer un contrôle accru sur la masse de l'insolvabilité et la gestion de l'entreprise au jour le jour si cela est nécessaire pour protéger la masse dans un cas particulier, par exemple lorsqu'il est démontré que le débiteur se soustrait à l'obligation de rendre des comptes ou lorsque celui-ci a mal géré ou détourné des actifs. Dans ces cas, il peut être souhaitable d'autoriser le dessaisissement du débiteur par le tribunal, agissant d'office ou sur l'initiative du représentant de l'insolvabilité, voire éventuellement des créanciers ou du comité des créanciers.

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

15. Une autre façon de répartir les pouvoirs entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité est de ne pas indiquer, dans la loi sur l'insolvabilité, les opérations pouvant être effectuées par le débiteur mais d'autoriser le tribunal ou

le représentant de l'insolvabilité à déterminer les actes juridiques que la direction peut accomplir sous condition d'approbation et ceux qui lui sont interdits. Tout en offrant une certaine souplesse, cette solution risque de dissuader les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité faute de savoir quel effet celle-ci aura sur leur pouvoir de gérer et de contrôler l'entreprise.

c. Maintien du débiteur à la tête de l'entreprise

16. S'agissant toujours du rôle dévolu au débiteur, une autre solution est de permettre à ce dernier de garder les rênes de son entreprise, le tribunal n'ayant donc pas à nommer de représentant indépendant lors de l'ouverture de la procédure (formule souvent dite du "débiteur non dessaisi"). Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit qu'un débiteur garde le contrôle de son entreprise, il est souhaitable qu'elle spécifie les fonctions d'un représentant de l'insolvabilité qui peuvent être exercées par ce débiteur non dessaisi. Dans certains cas, cette solution peut accroître les chances de réussite du redressement car elle revient à admettre que le débiteur connaît bien son entreprise à condition que l'on puisse s'en remettre au débiteur pour qu'il poursuive ses activités en toute honnêteté et obtienne la confiance et la coopération des créanciers.

17. Elle peut toutefois comporter des inconvénients, à savoir notamment le fait qu'elle soit utilisée dans des cas où le résultat risque manifestement d'être infructueux; qu'elle retarde l'inévitable en conséquence de quoi les actifs continuent d'être dispersés; que le débiteur risque d'agir de façon irresponsable, voire frauduleuse, pendant la période où il reste en place, compromettant les chances de redressement et portant atteinte à la confiance des créanciers. On peut aplanir certaines de ces difficultés en adoptant des mesures de protection, par exemple en faisant obligation au débiteur de rendre régulièrement compte au tribunal du déroulement de la procédure; en autorisant le tribunal, dans certains cas, à nommer un représentant de l'insolvabilité pour superviser le débiteur; en confiant aux créanciers un rôle important dans la supervision ou la surveillance du débiteur; ou en prévoyant la conversion de la procédure de redressement en liquidation.

18. Il est à noter que, lorsque cette approche est retenue, les dirigeants en place au moment de l'ouverture de la procédure ne sont généralement pas les mêmes que ceux chargés d'exécuter un plan approuvé et certains des problèmes mentionnés ci-dessus ne se poseront pas avec la même acuité que lorsque la direction de l'entreprise demeure inchangée pendant toute la procédure. Cela étant, le non-déssaisissement du débiteur est une solution complexe qui nécessite un examen approfondi non seulement parce qu'elle exige des règles de gouvernement d'entreprise strictes et des moyens institutionnels considérables, mais aussi parce qu'elle a une incidence sur le contenu de plusieurs autres dispositions du régime de l'insolvabilité (relatives par exemple, à l'élaboration du plan de redressement, à l'exercice des pouvoirs d'annulation,

au traitement des contrats, à l'obtention d'un financement après l'ouverture de la procédure) qui ne sont pas examinées en détail dans le *Guide législatif*.

3. Droits du débiteur

19. Afin de préserver ce que certains États considèrent comme des droits fondamentaux du débiteur et d'assurer à ce dernier un traitement équitable et impartial, mais aussi, et peut-être surtout, pour lui inspirer confiance dans la procédure d'insolvabilité, il est souhaitable d'indiquer clairement, dans la loi sur l'insolvabilité, le rôle qu'il sera amené à jouer dans cette procédure et les droits qu'il pourra exercer concernant son déroulement. Dans de nombreux États, les obligations énoncées dans des traités internationaux et régionaux tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[2] et la Convention européenne des droits de l'homme[3], peuvent avoir une incidence sur les droits des débiteurs personnes physiques dans le cadre d'une telle procédure.

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

20. Il est souhaitable, pour les raisons exposées ci-dessus, que le débiteur ait le droit d'être entendu au cours de la procédure et de participer à la prise de toutes les décisions nécessaires dans le cadre de cette dernière, surtout lorsqu'il s'agit d'un redressement. Il faudrait que le débiteur puisse accéder à des informations sur l'état d'avancement de la procédure dans tous les cas, mais surtout lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit de lui retirer une partie de ses pouvoirs de gestion et de contrôle (que ce soit dans une liquidation ou un redressement). Ce droit d'accès peut être particulièrement important dans une procédure de redressement lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit le dessaisissement partiel du débiteur avant l'approbation du plan mais lui impose l'obligation d'exécuter ledit plan. Il serait également bon, lorsque le débiteur n'intervient pas dans l'élaboration du plan, de lui donner la possibilité d'exprimer un avis sur ledit plan avant qu'il soit proposé aux créanciers pour approbation. Comme cela est indiqué plus haut (chap. II, par. 18 à 21), lorsque le débiteur est une personne physique, certains actifs sont généralement exclus de la masse de l'insolvabilité pour permettre à celui-ci de préserver ses droits de nature personnelle et ceux de sa famille et il est souhaitable que le droit de conserver ces actifs soit clairement énoncé dans la loi sur l'insolvabilité.

21. Dans certains cas, toutefois, l'exercice ou le respect de ces droits risque d'entraîner des formalités et des frais entravant le déroulement de la procédure sans être directement bénéfique au débiteur. Il se peut, par exemple, que lorsque le débiteur ne se trouve plus dans le pays où a lieu la procédure et qu'il ne

---

[2]Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668.

[3]Ibid., vol. 213, n° 2889.

donne pas suite ou refuse de donner suite à toutes les tentatives raisonnables du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal pour entrer en contact avec lui, l'obligation absolue de l'entendre entrave sérieusement le déroulement de la procédure, voire la rende impossible. De même, lorsque l'entreprise ne fonctionne plus et que le débiteur ne peut pas être entendu en tant que tel ou lorsque les actionnaires et les propriétaires de l'entreprise ne souhaitent participer à aucune répartition dans le cadre de la procédure, cette obligation absolue n'aura sans doute aucune utilité. C'est pourquoi, s'il est souhaitable d'exiger que tous les efforts raisonnables soient faits pour permettre au débiteur d'être entendu, il faut peut-être aussi que la loi sur l'insolvabilité offre une certaine souplesse dans des cas exceptionnels pour éviter que l'obligation de respecter ce droit ne compromette le déroulement de la procédure.

4. Obligations du débiteur

22. Il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité énonce clairement – outre les droits – les obligations du débiteur en rapport avec la procédure d'insolvabilité notamment en précisant autant que possible le contenu de chaque obligation et la partie à qui elle est due. Les obligations devraient naître à l'ouverture de la procédure et continuer de s'appliquer pendant toute la durée de cette dernière. Il faudra les adapter en fonction du rôle qui sera confié au débiteur tant dans la liquidation que dans le redressement, et surtout en fonction de son rôle dans la gestion et le contrôle de l'entreprise dans le deuxième type de procédure. Par exemple, si le débiteur garde les rênes de son entreprise dans un redressement, l'obligation de renoncer au contrôle des actifs de la masse ne sera pas applicable.

a) Coopération et assistance

23. Pour assurer le bon déroulement de la procédure, certaines lois sur l'insolvabilité qui prévoient une forme ou une autre de dessaisissement ou de supervision du débiteur font obligation à celui-ci de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs ou encore de s'abstenir de tout acte pouvant nuire à la conduite de la procédure. L'obligation de coopérer impliquera essentiellement que le débiteur laisse le représentant de l'insolvabilité prendre le contrôle effectif de la masse de l'insolvabilité en lui remettant le contrôle des actifs, des documents commerciaux et des pièces comptables de l'entreprise. Lorsque ses actifs se trouvent à l'étranger, le débiteur ne pourra sans doute pas en remettre le contrôle mais il devrait être tenu d'apporter son aide ou sa coopération au représentant de l'insolvabilité en vue de leur récupération (voir la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, annexe III). L'obligation de coopérer peut également impliquer que le débiteur aide le représentant de l'insolvabilité à dresser une liste des créanciers et de leurs créances, ainsi qu'une liste de ses débiteurs (voir ci-après, par. 49).

b) Communication de renseignements

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

25. Bien qu'il ne soit sans doute pas nécessaire de fournir, dans une loi sur l'insolvabilité, une liste exhaustive des renseignements devant être communiqués par le débiteur, l'énumération du type de renseignements souhaité permettrait de donner des indications et d'éviter tout risque de litige. À cet égard, certaines lois prévoient des formulaires normalisés énumérant les différents éléments d'information requis. Ces formulaires doivent être remplis par le débiteur (des sanctions étant prises s'il fournit des informations fausses ou mensongères) ou par une personne ou un administrateur indépendant.

26. Pour que les renseignements fournis puissent être utilisés aux différentes fins mentionnées ci-dessus, il faut qu'ils soient à jour, complets, exacts et fiables et qu'ils soient communiqués dès que possible après l'ouverture de la procédure, à condition que le débiteur se voit accorder le temps nécessaire pour les réunir. Si celui-ci peut respecter cette obligation, la confiance des créanciers dans son aptitude à continuer de gérer l'entreprise s'en trouvera renforcée.

27. L'utilité ultime des renseignements mentionnés ci-dessus peut dépendre en grande partie des moyens prévus pour les obtenir. Si, par exemple, des membres de la direction sont responsables de la situation financière actuelle de l'entreprise, ils refuseront probablement de faire des révélations complètes et franches ou de divulguer des informations pouvant être compromettantes (bien que de nombreuses lois pénales n'autorisent pas l'utilisation de preuves compromettantes dans des procédures pénales ultérieures afin d'encourager la franchise). Par conséquent, outre l'obligation du débiteur de communiquer des renseignements, il sera sans doute souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie pour le représentant de l'insolvabilité et les créanciers ou le comité des créanciers le droit correspondant d'exiger et de recevoir des renseignements du débiteur, des sanctions appropriées étant prises lorsque les renseignements demandés ne sont pas fournis. L'obligation du débiteur peut être complétée par d'autres mesures pouvant notamment consister à nommer une personne indépendante chargée d'auditionner celui-ci sur ses affaires financières ou à exiger que le débiteur lui-même (lorsqu'il s'agit d'une personne physique) ou qu'un ou plusieurs administrateurs de l'entreprise débitrice se fassent représenter ou assistent à une réunion des créanciers pour répondre aux questions (sauf dans les cas où cela n'est matériellement pas possible, pour des raisons géographiques).

c) Confidentialité

28. Les renseignements devant être fournis par le débiteur ou concernant celui-ci sont souvent commercialement sensibles, confidentiels ou soumis à des obligations dues à d'autres personnes (comme les secrets commerciaux, les listes de clients et de fournisseurs, les informations sur la recherche-développement, les secrets professionnels ou les information privilégiées ou autrement confidentielles) et peuvent soit appartenir au débiteur, soit appartenir à un tiers mais être en sa possession. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité comporte des dispositions permettant de protéger ce type de renseignements pour éviter qu'ils ne soient utilisés de manière abusive par les créanciers ou d'autres parties qui sont en mesure de les exploiter dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Afin de concilier l'obligation de protection incombant au débiteur et son obligation de fournir des renseignements au représentant de l'insolvabilité, au tribunal ou aux créanciers, on devra peut-être aussi appliquer l'obligation de confidentialité et de protection aux parties ayant un lien avec le débiteur, au représentant de l'insolvabilité, à l'ensemble des créanciers, au comité des créanciers et aux tiers.

d) Obligations secondaires

29. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité imposent au débiteur d'autres obligations qui sont secondaires à son obligation de coopération et d'assistance. Ce peut être notamment l'obligation (faite soit à un débiteur personne physique soit aux dirigeants et aux membres du conseil d'administration d'une personne

morale débitrice) de ne pas quitter leur résidence habituelle sans l'autorisation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité ou de notifier au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité qu'ils ont l'intention ou sont contraints de quitter cette résidence, de divulguer l'ensemble de leur correspondance au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal, ainsi que d'autres obligations restreignant la liberté personnelle. Lorsque le débiteur est une personne morale, des restrictions peuvent aussi s'appliquer au transfert du siège social de l'entreprise, la loi sur l'insolvabilité pouvant soumettre ce transfert, s'il est proposé, à l'approbation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Ces restrictions peuvent être indispensables pour éviter que la procédure ne soit perturbée par la pratique courante consistant, pour les débiteurs, à quitter l'établissement et, pour les membres du conseil d'administration et les dirigeants de l'entreprise, à démissionner dès l'ouverture de la procédure. Si une loi sur l'insolvabilité impose de telles obligations secondaires, il est souhaitable que celles-ci soient proportionnées au but visé par elles ainsi qu'à l'objectif général de l'obligation de coopération. Ces obligations peuvent en outre être limitées par l'application des conventions et accords relatifs aux droits de l'homme mentionnés plus haut.

30. Certaines lois sur l'insolvabilité considèrent ces obligations comme automatiquement applicables, tandis que d'autres laissent au tribunal la possibilité de les imposer à sa discrétion si elles sont jugées nécessaires pour l'administration de la masse. Certaines lois font également une distinction entre personnes physiques et personnes morales; dans le premier cas, les obligations ne s'appliqueront que sur décision du tribunal, alors que, dans le second, certaines obligations peuvent s'appliquer automatiquement, par exemple celle de divulguer la correspondance.

e) Recours à des professionnels pour aider le débiteur

31. Pour aider le débiteur à s'acquitter de ses obligations en rapport avec la procédure dans son ensemble, certaines lois sur l'insolvabilité l'autorisent à faire appel aux professionnels dont il peut avoir besoin (comptables, avocats, experts, etc.), sous réserve d'une autorisation. Selon les lois, celle-ci est accordée soit par le représentant de l'insolvabilité, soit par le tribunal ou les créanciers.

f) Inexécution des obligations

32. Il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité examine les dispositions à prendre en cas de manquement de la part du débiteur, compte tenu de la nature des différentes obligations et des sanctions appropriées. Comme on l'a vu plus haut, en cas de rétention d'information par le débiteur, un mécanisme qui l'oblige à communiquer les renseignements requis, tels que son "audition publique" par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, peut être nécessaire. Dans des cas plus graves de rétention de l'information, un certain nombre d'États appliquent des sanctions pénales. Des approches similaires

conviendraient sans doute pour l'inexécution d'autres obligations. Dans un redressement, la conversion de cette procédure en liquidation (voir chap. IV, par. 72 à 75) peut être une sanction appropriée, à condition qu'elle soit dans l'intérêt des créanciers. Dans certains cas, ces derniers auront tout à gagner de la poursuite du redressement, malgré le refus du débiteur de coopérer ou plus généralement de s'acquitter de ses obligations.

33. Il faudra peut-être aussi que la loi sur l'insolvabilité examine quelles sont les conséquences des actes accomplis en violation des obligations et si de tels actes devraient ou non être invalidés. Par exemple, les contrats conclus par le débiteur après l'ouverture de la procédure pourraient faire l'objet d'actions en annulation ou être considérés comme des opérations non agréées. Il faudra peut-être aussi examiner à quelles parties devraient s'appliquer les sanctions lorsque le débiteur est une personne morale, par exemple à toute personne qui pourrait généralement être décrite comme se trouvant à la tête de l'entreprise, notamment les membres du conseil d'administration et les dirigeants.

5. Responsabilité du débiteur

34. Lorsqu'une entreprise est solvable, ses propriétaires sont les principales parties prenantes financières et les relations avec les créanciers seront régies par les arrangements contractuels conclus entre eux. Mais lorsque l'entreprise devient insolvable, la situation change et les créanciers y deviennent financièrement les véritables parties prenantes, supportant tout risque de perte découlant de la poursuite des activités par le débiteur. Malgré ce changement de situation, la conduite des propriétaires et des dirigeants d'une entreprise est avant tout une question de droit et de principe extérieure au régime de l'insolvabilité. Il n'est pas souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité serve à combler des lacunes dans ce domaine de la réglementation ou à assurer l'application des principes de gouvernement d'entreprise, bien que certaines lois sur l'insolvabilité puissent exiger que la procédure d'insolvabilité soit ouverte à un stade précoce des difficultés financières. Si les actes et comportements antérieurs de personnes ayant un lien avec un débiteur insolvable ont causé un préjudice ou une perte aux créanciers de ce débiteur (par exemple, en raison d'une fraude ou d'un comportement irresponsable), il peut être indiqué, selon les régimes de responsabilité applicables respectivement à la fraude et à la négligence, de prévoir, dans une loi sur l'insolvabilité, la possibilité d'une réparation du préjudice ou de la perte causée.

Recommandations 108 à 114

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le débiteur est:

a) D'établir les droits et obligations du débiteur pendant la procédure d'insolvabilité;

b) De prévoir des mesures en cas de manquement de sa part aux obligations qui lui incombent; et

c) De régler les questions concernant la gestion de son entreprise pendant la procédure d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Droits

Droit d'être entendu (par. 20 et 21)

Voir recommandation 137.

Droit de participer et de demander des informations (par. 20)

108. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le débiteur a le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et d'obtenir du représentant de l'insolvabilité et du tribunal des informations concernant cette procédure.

Droit de conserver des biens pour préserver ses droits de nature personnelle (par. 20)

109. Lorsque le débiteur est une personne physique, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'il a le droit de conserver les actifs qu'elle exclut de la masse[4].

Obligations du débiteur (par. 22 à 27, 29 et 30)

110. La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement les obligations incombant au débiteur en ce qui concerne la procédure d'insolvabilité. Ces obligations devraient naître à l'ouverture de cette procédure et continuer de s'appliquer pendant toute sa durée. Elles devraient être notamment les suivantes:

a) Obligation de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'accomplissement de ses devoirs;

b) Obligation de fournir au tribunal, au représentant de l'insolvabilité, aux créanciers et/ou au comité des créanciers les renseignements exacts, fiables et complets que ceux-ci pourraient lui demander sur sa situation financière et ses affaires, notamment des listes[5]:

i) Des opérations réalisées avant l'ouverture de la procédure qui concernent le débiteur ou ses actifs;

ii) Des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours, notamment les procédures d'exécution;

iii) Des éléments d'actif et de passif, des bénéfices et des décaissements;

iv) Des débiteurs et de leurs obligations; et

[4]Voir chap. II, par. 17 à 21, et recommandation 38.

[5]À condition de laisser au débiteur le temps nécessaire pour réunir les renseignements en question.

v) Des créanciers et de leurs créances, cette liste étant établie en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité et revue et modifiée par le débiteur à mesure que les créances sont vérifiées et admises ou rejetées;

c) Obligation de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité pour permettre à celui-ci de prendre le contrôle effectif de la masse et obligation de lui apporter son aide ou sa coopération pour qu'il recouvre les actifs de la masse ou en reprenne le contrôle où qu'ils se trouvent[6], et pour qu'il récupère les documents commerciaux; et

d) Lorsque le débiteur est une personne physique, obligation de notifier au tribunal qu'il a l'intention ou qu'il est contraint de quitter sa résidence habituelle et, lorsque le débiteur est une personne morale, obligation d'obtenir l'autorisation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité pour transférer son siège social.

Confidentialité (par. 28, 52 et 115)

111. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les mesures visant à protéger les renseignements fournis par le débiteur ou concernant celui-ci[7] qui sont commercialement sensibles ou confidentiels.

Rôle du débiteur dans la continuation de l'entreprise (par. 2 à 18)

112. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le rôle dévolu au débiteur dans la poursuite de l'exploitation de l'entreprise pendant la procédure d'insolvabilité. Différentes approches peuvent être adoptées, notamment:

a) Le maintien du débiteur à la tête de l'entreprise (débiteur non dessaisi), moyennant des mesures de protection appropriées, notamment un contrôle plus ou moins strict du débiteur ainsi que la possibilité de le dessaisir dans des cas spécifiés[8];

b) Le dessaisissement partiel du débiteur, qui peut continuer à exploiter l'entreprise au jour le jour, tout en étant supervisé par un représentant de l'insolvabilité, auquel cas la répartition des tâches entre le premier et le second devrait être spécifiée dans la loi; ou

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

113. Lorsque le débiteur n'est pas dessaisi, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les fonctions du représentant de l'insolvabilité qu'il peut exercer lui-même.

Sanctions en cas de manquement du débiteur à ses obligations (par. 32 et 33)

114. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser l'application de sanctions en cas d'inexécution par le débiteur des obligations qu'elle lui impose.

---

[6]Voir la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (annexe III).

[7]Le débiteur peut fournir des renseignements qu'il détient, qui lui appartiennent ou qui appartiennent à un tiers. Des informations sur le débiteur peuvent aussi être fournies par les créanciers, les institutions financières et d'autres.

[8]Il est à noter que cette solution repose sur une structure judiciaire bien développée et sur l'application de mesures de protection qui ont pour effet de dessaisir le débiteur dans certains cas. (Pour des explications plus détaillées, voir plus haut, par. 16 à 18).

B. Représentant de l'insolvabilité

1. Introduction

35. Les lois sur l'insolvabilité utilisent différents termes pour désigner la personne chargée d'administrer la procédure d'insolvabilité, notamment administrateur judiciaire, syndic de faillite, liquidateur, mandataire liquidateur, mandataire de justice, administrateur-séquestre, curateur ou encore commissaire. Dans le *Guide*, le terme "représentant de l'insolvabilité" est employé pour désigner la personne qui assume les diverses fonctions pouvant être exercées d'une manière générale sans distinction entre elles selon le type de procédure. Le représentant de l'insolvabilité peut être une personne physique ou, dans certains pays, une société ou autre type de personne morale distincte. Quelle que soit la façon dont il est nommé, il joue un rôle central dans l'application effective et efficace de la loi sur l'insolvabilité, se voyant conférer certains pouvoirs sur le débiteur et ses actifs et ayant pour devoir de protéger lesdits actifs et leur valeur, ainsi que les intérêts des créanciers et des salariés, et de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité. Il est donc indispensable qu'il possède les qualifications appropriées ainsi que les connaissances, l'expérience et les qualités personnelles qui non seulement assureront le bon déroulement de la procédure mais inspireront également confiance dans le régime de l'insolvabilité.

2. Qualifications

36. Les qualifications requises pour pouvoir être nommé représentant de l'insolvabilité peuvent varier en fonction du rôle dévolu à celui-ci (y compris du type de procédure – liquidation ou redressement) et du niveau de supervision exercé sur lui (et sur la procédure d'insolvabilité en général) par le tribunal. Elles peuvent également varier en fonction des modalités de nomination (voir ci-après, par. 44 à 47). Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la nomination d'un agent public à cette fonction, les qualifications examinées plus loin ne s'appliqueront généralement pas à cette nomination (même si elles peuvent s'appliquer au recrutement de cet agent par l'organisme public intéressé).

37. Lorsqu'on détermine les qualifications requises pour être nommé représentant de l'insolvabilité, il est souhaitable de trouver le juste milieu entre des exigences trop strictes, qui conduisent à désigner une personne hautement qualifiée mais risquent de limiter considérablement le nombre de professionnels considérés comme suffisamment qualifiés et d'accroître le coût de la procédure, et des exigences trop faibles pour garantir la qualité du service requis. En cas de pénurie de professionnels suffisamment qualifiés, le rôle assigné au tribunal en matière de nomination et de supervision du représentant de l'insolvabilité pourra fortement aider à trouver ce juste milieu.

a) Représentant provisoire de l'insolvabilité

38. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé à titre provisoire par le tribunal avant que la procédure d'insolvabilité ne soit ouverte, ses pouvoirs et fonctions sont généralement déterminés par ce tribunal. Dans la mesure où il exerce les mêmes pouvoirs et fonctions qu'un représentant nommé après l'ouverture de la procédure, il devrait également avoir les mêmes qualifications, ainsi que les mêmes responsabilités et taux de rémunération que lui.

b) Connaissances et expérience

39. En raison de la complexité de nombreuses procédures d'insolvabilité, il est vivement souhaitable que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications adéquates et qu'il connaisse le droit (non seulement la loi sur l'insolvabilité, mais aussi le droit commercial, le droit financier et le droit des affaires) et ait une expérience appropriée des questions commerciales et financières, y compris de la comptabilité. Le représentant de l'insolvabilité devra faire preuve de compétence dans l'exercice des fonctions qui lui incombent dans différents cas et circonstances pouvant être litigieux, aussi bien dans une procédure de liquidation que dans une procédure de redressement, où des délais peuvent être imposés par la loi sur l'insolvabilité, où les exigences commerciales doivent être conciliées avec les considérations juridiques et où il faut servir les intérêts d'autres personnes, telles que les créanciers, mais aussi peut-être l'intérêt général. Dans le cas où des connaissances plus approfondies ou plus spécialisées seraient nécessaires, celles-ci peuvent toujours être apportées par des experts recrutés à cette fin. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent également qu'une personne devant être nommée représentant de l'insolvabilité dans une affaire particulière ait des connaissances et des compétences adaptées à cette affaire, par exemple une connaissance de l'activité du débiteur, de ses actifs et du type de marché sur lequel il opère.

c) Faire en sorte que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications adéquates

40. Différentes solutions sont adoptées pour faire en sorte que le représentant de l'insolvabilité ait les qualifications adéquates. Celui-ci peut notamment être tenu de posséder certaines qualifications et certains diplômes professionnels; d'obtenir une licence, délivrée par une autorité publique ou un organisme professionnel; de suivre des stages de formation spécialisée et de passer des examens d'aptitude; et d'avoir une certaine expérience (généralement spécifiée en nombre d'années) des domaines pertinents, par exemple la finance, le commerce, la comptabilité et le droit, ainsi que de la conduite des procédures d'insolvabilité. Il peut également être tenu de suivre une formation professionnelle continue pour se tenir bien informé des changements récents dans les domaines pertinents du droit et de la pratique. Les systèmes qui exigent une forme quelconque de licence ou de qualification professionnelle et

l'appartenance à des associations professionnelles traitent aussi, souvent, des questions de supervision et de discipline; un représentant de l'insolvabilité peut être sous la tutelle d'un tribunal, d'une association professionnelle ou d'un organisme de réglementation des entreprises ou autre, dans le cadre d'une législation autre que la loi sur l'insolvabilité. Plusieurs de ces systèmes sont relativement complexes et leur analyse approfondie déborde le cadre du *Guide législatif*.

d) Qualités personnelles

41. Outre les connaissances et l'expérience requises, il peut également être souhaitable que le représentant de l'insolvabilité possède certaines qualités personnelles, telles que l'intégrité, l'impartialité, l'indépendance et de bonnes aptitudes de gestionnaire. L'intégrité devrait impliquer que le représentant de l'insolvabilité ait une bonne réputation et qu'il n'ait pas commis d'infraction pénale ni de fraude financière ou, dans certains États, qu'il n'ait pas été insolvable ou qu'il n'ait pas été révoqué d'un poste dans l'administration publique. De tels faits suffiraient généralement pour empêcher une nomination.

e) Conflit d'intérêts

42. Un élément essentiel de ces qualités personnelles est que le représentant de l'insolvabilité sache faire preuve d'indépendance vis-à-vis d'intérêts particuliers, qu'ils soient économiques, familiaux ou autres. À cette fin, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité impose une obligation de déclarer les conflits d'intérêts existants ou potentiels, obligation qui s'appliquerait à une personne dont la nomination est proposée à l'ouverture de la procédure et à la personne nommée à cette fonction pendant toute la durée de la procédure. La loi devrait indiquer clairement la personne à qui la déclaration doit être faite, celle-ci pouvant varier selon les modalités de sélection et de nomination du représentant de l'insolvabilité. Les situations donnant lieu à un conflit d'intérêts, de même que les conséquences d'un conflit déclaré à l'ouverture de la procédure ou découvert par la suite, varient selon les lois.

43. Un conflit d'intérêts peut naître, par exemple, de relations antérieures ou existantes avec le débiteur. Il suffira parfois d'avoir été propriétaire de l'entreprise débitrice; de traiter ou d'avoir traité avec le débiteur (notamment d'être partie à une opération conclue avec lui susceptible de faire l'objet d'une enquête pendant la procédure d'insolvabilité ou d'être un de ses créanciers ou débiteurs); d'être en relation avec un créancier du débiteur; d'avoir été représentant du débiteur ou avoir exercé une fonction de direction dans son entreprise; d'avoir été vérificateur des comptes du débiteur; ou d'avoir un lien avec un concurrent du débiteur. Dans certains États, un conflit d'intérêts empêchera la nomination de la personne à la fonction de représentant de l'insolvabilité ou entraînera la révocation de la personne nommée à cette fonction. Dans d'autres, la personne pourra malgré tout être nommée à

condition que le conflit d'intérêts soit déclaré, l'idée étant que cette déclaration confirme son intégrité et que toute impartialité ou tout manque d'indépendance peut être apprécié au regard des faits révélés. Pour accroître la transparence, la prévisibilité et l'intégrité d'un régime de l'insolvabilité, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité précise le degré de relation qui donne lieu à un conflit d'intérêts, et notamment les relations qui empêcheront une personne d'être nommée. Il revient généralement aux tribunaux de déterminer s'il existe ou non, dans une affaire particulière, un conflit d'intérêts ou des éléments indiquant un manque d'indépendance.

3. Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité

44. Les lois sur l'insolvabilité prévoient des modalités différentes de sélection et de nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Il faut dans un premier temps déterminer un groupe de candidats potentiels. Le représentant de l'insolvabilité peut provenir de différents milieux, tels que le monde des affaires, un organisme public spécialisé ou un groupe privé de personnes qualifiées (souvent des avocats, des comptables ou d'autres professionnels). Dans certains pays, la loi sur l'insolvabilité prévoit la nomination automatique d'un agent public particulier (diversement appelé "séquestre officiel", "official assignee", "official trustee" ou "official receiver") dans tous les cas ou dans certaines types d'affaires. Dans de nombreux États, le représentant de l'insolvabilité doit être une personne physique. Toutefois, certains États, autorisent aussi la nomination d'une personne morale sous certaines conditions, notamment que celle-ci soit soumise à une réglementation et que les personnes chargées de faire le travail pour son compte soient dûment qualifiées.

a) Sélection et nomination par le tribunal

45. Dans un deuxième temps, il faut déterminer la procédure à suivre pour nommer un représentant de l'insolvabilité parmi le groupe de candidats pouvant prétendre au poste. Dans de nombreux pays, c'est le tribunal qui sélectionne, nomme et supervise le représentant de l'insolvabilité. La sélection peut s'effectuer à la discrétion du tribunal parmi une liste de professionnels dûment qualifiés. Elle peut également se faire par un système de roulement – par exemple à partir d'une liste – ou encore par d'autres moyens, par exemple sur recommandation des créanciers ou du débiteur. Le système de roulement à partir d'une liste assure certes une répartition équitable et impartiale des affaires, mais peut avoir l'inconvénient de ne pas garantir la nomination de la personne la plus qualifiée pour l'affaire considérée. Tout dépendra bien entendu de la manière dont la liste est établie ainsi que des qualifications requises pour que les professionnels de l'insolvabilité y figurent. Cet inconvénient ne semblera sans doute pas important lorsqu'il n'y a pas d'actifs suffisants pour financer les frais d'administration.

b) Autorités de nomination indépendantes

46. Dans certains pays, un organe ou une institution distincts assumant la tutelle de tous les représentants de l'insolvabilité sélectionne l'intéressé sur instruction du tribunal. Cette approche peut avoir un avantage, à savoir permettre à l'autorité de nomination indépendante de faire appel à des professionnels qui auront les compétences et les connaissances nécessaires pour examiner les circonstances de chaque espèce, notamment la nature des activités commerciales ou autres du débiteur; le type d'actifs; le marché sur lequel l'entreprise débitrice exerce ou a exercé ses activités; les connaissances spéciales nécessaires pour comprendre les affaires du débiteur; ou d'autres aspects particuliers. Le recours à une autorité de nomination indépendante dépendra évidemment de l'existence d'une institution ou d'un organe approprié disposant des ressources et de l'infrastructure nécessaires pour exercer les fonctions requises; à défaut, il faudra créer une institution ou un organe approprié.

c) Rôle des créanciers

47. Une autre approche consiste à laisser les créanciers intervenir en recommandant et en sélectionnant le représentant de l'insolvabilité à nommer, à condition que cette personne ait les qualifications requises pour remplir cette fonction dans le cas considéré. Cette solution comme celle qui consiste à recourir à une autorité de nomination indépendante peuvent aider à éviter toute impression de partialité et contribuer à alléger le lourd travail de supervision qui incombe aux tribunaux. Une approche différente permet au débiteur, lorsqu'il demande l'ouverture d'une procédure de redressement, de nommer lui-même le représentant de l'insolvabilité. Dans ce cas, le débiteur et d'autres parties telles que les créanciers garantis peuvent, avant l'ouverture de la procédure, avoir des discussions qui permettront au futur représentant de se familiariser avec l'entreprise, et le débiteur peut sélectionner le représentant de l'insolvabilité qu'il juge le mieux à même de conduire le redressement. On pourra s'interroger, cependant, sur l'indépendance du représentant de l'insolvabilité dans ces circonstances. Ces interrogations pourront être levées si l'on permet aux créanciers, dans les cas appropriés, de remplacer un représentant de l'insolvabilité nommé par le débiteur.

4. Supervision du représentant de l'insolvabilité

48. Outre le fait d'exiger certaines qualifications et qualités personnelles pour sa nomination, il est possible de vérifier que le représentant de l'insolvabilité s'acquitte de ses fonctions (et fait preuve des qualités susmentionnées) dans chaque cas suivant les dispositions de la loi sur l'insolvabilité et selon les rôles attribués à chaque participant. Les lois sur l'insolvabilité conçoivent de diverses façons, par exemple, les rapports entre le représentant de l'insolvabilité et le

tribunal et, en particulier, la délimitation de leurs pouvoirs respectifs, ainsi que le rôle pouvant être joué par les créanciers dans la supervision de certaines décisions du représentant et sur d'autres questions, telles que sa rémunération ou sa révocation. Étant en principe celui qui a le plus de renseignements sur la situation du débiteur, le représentant de l'insolvabilité est souvent le mieux placé pour prendre des décisions en connaissance de cause sur la conduite de la procédure. Cela ne veut pas dire, pour autant, qu'il peut se substituer au tribunal: il peut être tenu d'aviser ce dernier ou les créanciers avant de prendre certaines décisions; de faire rapport à l'un et aux autres régulièrement ou sur certaines activités. Le tribunal, quant à lui, serait généralement tenu de trancher les litiges nés de la conduite de la procédure et, souvent, d'approuver plusieurs étapes de la procédure. Même dans les États où le tribunal joue un rôle plus restreint dans les procédures d'insolvabilité, l'étendue des pouvoirs qui seraient normalement confiés au représentant de l'insolvabilité est limitée.

5. Devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité

49. Les lois sur l'insolvabilité spécifient souvent les devoirs et fonctions que le représentant de l'insolvabilité devra remplir dans le cadre de la procédure, et il importe que la loi sur l'insolvabilité accorde au représentant les pouvoirs lui permettant de s'en acquitter effectivement et efficacement. Les devoirs et fonctions incombant généralement au représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne l'administration de la procédure ainsi que la préservation et la protection de la masse sont énumérés ci-après – certains relevant davantage de la liquidation que du redressement (la liste qui suit ne prétend toutefois pas à l'exhaustivité et, dans certains cas, les fonctions se chevaucheront ou ne seront pas pertinentes en raison des dispositions de la loi sur l'insolvabilité):

a) Prendre le contrôle immédiat des actifs composant la masse de l'insolvabilité et des documents commerciaux du débiteur;

b) Représenter la masse de l'insolvabilité;

c) Obtenir un financement après l'ouverture de la procédure;

d) Exercer des droits au profit de la masse de l'insolvabilité dans le cadre de procédures judiciaires, arbitrales ou administratives en cours;

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

f) Prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger et préserver les actifs de la masse de l'insolvabilité et l'entreprise du débiteur, notamment en empêchant les actes de disposition non agréés de ces actifs et en exerçant des pouvoirs d'annulation;

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

h) Nommer et rémunérer les comptables, avocats et autres professionnels dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions;

i) Examiner les contrats qui ne sont pas pleinement exécutés afin de décider s'il faut en poursuivre l'exécution ou les rejeter;

j) Prendre des mesures concernant les salariés et leurs droits, y compris de leurs droits à pension;

k) En cas de liquidation, réaliser les actifs de la masse de l'insolvabilité;

l) Vérifier et admettre les créances et tenir à jour une liste des créances vérifiées et admises;

m) Fournir périodiquement au tribunal et aux créanciers des informations décrivant en détail la conduite de la procédure. Les informations incluraient, par exemple, des précisions sur les actifs vendus pendant la période considérée, les prix obtenus, les frais de vente, ainsi que les renseignements que le tribunal pourra demander ou que le comité des créanciers pourra raisonnablement demander; les recettes et les décaissements; les actifs restant à administrer;

n) Assister aux réunions des créanciers;

o) Continuer d'exploiter et de gérer l'entreprise en redressement ou en liquidation lorsqu'elle doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité;

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

q) Superviser l'approbation du plan de redressement et, au besoin, son exécution;

r) Liquider la masse de manière rapide, efficace et au mieux des intérêts des différentes parties concernées et en répartir le produit;

s) Présenter au tribunal ou aux créanciers, selon le cas, un rapport et un compte finals concernant l'administration de la masse de l'insolvabilité; et

t) Traiter toute autre question dont il pourrait être saisi par les créanciers ou par le tribunal.

50. Outre ces devoirs et fonctions spécifiques, les lois sur l'insolvabilité imposent souvent au représentant de l'insolvabilité certaines obligations générales. Il peut s'agir d'une obligation de protéger les actifs de la masse de l'insolvabilité et d'en maximiser la valeur et d'une obligation d'obtenir le meilleur prix qu'il sera raisonnablement possible de demander lors de la vente d'actifs de la masse.

51. Dans une procédure de redressement où le débiteur n'est pas dessaisi et où aucun représentant de l'insolvabilité n'est nommé, nombre des fonctions

énumérées ci-dessus seront exercées par le débiteur, sous la supervision plus ou moins stricte du tribunal ou des créanciers.

6. Confidentialité

52. La nécessité d'imposer au débiteur une obligation de confidentialité a été notée plus haut. Il pourrait également être utile qu'une loi sur l'insolvabilité impose une telle obligation au représentant de l'insolvabilité, car une grande partie des informations qui seront obtenues concernant les affaires du débiteur seront commercialement sensibles, confidentielles ou soumises à des obligations dues à d'autres personnes (secrets commerciaux, données de recherche-développement et renseignements sur les clients, par exemple) et ne devraient pas être révélées à des tiers qui pourraient être en mesure d'en tirer indûment profit. Lorsque les informations doivent être révélées aux créanciers, ceux-ci devraient être tenus de la même obligation de confidentialité que le représentant de l'insolvabilité. Le respect de la confidentialité peut revêtir une importance particulière lorsque le représentant de l'insolvabilité est habilité à exiger la révélation d'informations et de documents lors d'une audition du débiteur. Certaines de ces informations peuvent provenir de tiers et être soumises à des dispositions relatives à la protection des informations personnelles et au secret, telles celles applicables aux banques. Il est souhaitable que le représentant de l'insolvabilité soit autorisé à utiliser ces informations uniquement aux fins de la procédure d'insolvabilité dans le cadre de laquelle l'audition a été autorisée, à moins que le tribunal n'en décide autrement. Ces considérations peuvent également valoir pour la fourniture et l'obtention d'informations dans le cadre de procédures pénales engagées contre le débiteur. Une obligation de confidentialité analogue devrait s'appliquer aux mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité (voir ci-après, par. 66) et à d'autres parties sur décision du tribunal (y compris les créanciers, voir plus loin, par. 115).

7. Rémunération du représentant de l'insolvabilité

a) Détermination du montant de la rémunération

53. Outre le remboursement des dépenses engagées par lui-même dans le cadre de l'administration de la masse, le représentant de l'insolvabilité aura droit à une rémunération pour ses services. Cette rémunération devrait être proportionnelle à ses qualifications et aux tâches qui lui incombent et compenser la prise de risque afin d'attirer des professionnels dûment qualifiés. La rémunération est calculée suivant différentes méthodes. Elle peut être fixée par rapport à un barème d'honoraires approuvé, établi par un organisme public ou une association professionnelle; déterminée dans chaque cas par l'ensemble des créanciers, le tribunal ou tout autre organe ou tribunal administratif; fondée sur le temps effectivement consacré à l'administration de la masse par le

représentant de l'insolvabilité (et les diverses catégories de personne susceptibles de travailler à l'administration de la masse, depuis le personnel administratif jusqu'au représentant lui-même); ou fondée sur un pourcentage de la valeur des actifs de la masse qui sont réalisés ou distribués ou une combinaison des deux (calculée à la fin de la procédure, une fois les actifs vendus et leur valeur déterminée). Il peut s'agir d'un pourcentage fixe pouvant augmenter ou diminuer en fonction de l'affaire traitée. Dans chacun de ces cas, la loi sur l'insolvabilité prévoit généralement la possibilité d'un examen plus poussé à la demande d'une partie intéressée ou du représentant de l'insolvabilité lui-même, suivant la méthode de calcul employée. Cette approche est importante pour assurer la transparence. Cependant il importe aussi d'éviter que la partie à qui incombe la décision finale ne puisse influer sur la conduite de la procédure.

i) Systèmes fondés sur le temps passé

54. Un des avantages d'une méthode de calcul fondée sur le temps passé est que, souvent, il est très difficile d'évaluer, au début de la procédure, la complexité d'une administration particulière et les moyens qu'elle nécessitera, du moins tant que certaines tâches préliminaires n'ont pas été exécutées. Un inconvénient est que s'il peut encourager une administration très rigoureuse, un système fondé sur le temps passé peut aussi, dans certains cas, inciter à maximiser le temps consacré à l'administration sans que cela n'accroisse nécessairement de manière proportionnelle la valeur de la masse.

ii) Systèmes de commissions

55. Un avantage du système de commissions, du moins du point de vue des créanciers, est qu'au moins une partie, sinon une proportion importante, des actifs recouvrés leur sera distribuée. Du point de vue du représentant de l'insolvabilité, en revanche, cette méthode de calcul peut se révéler incertaine, car la quantité de travail investi dans l'administration n'est pas nécessairement proportionnelle à la valeur des actifs distribuables. Elle risque également d'encourager une démarche de "rendement maximum pour un coût minimum" et incite peu à exercer des fonctions qui ne visent pas directement à accroître les sommes à répartir entre les créanciers, qu'il s'agisse, par exemple, de faire rapport au tribunal et aux créanciers et d'aider les organismes de réglementation à enquêter sur les affaires du débiteur et d'éventuelles fautes de sa part. Cette méthode de calcul peut aussi, dans de très nombreux cas, aboutir au paiement d'honoraires importants prélevés sur la masse, ce qui risque de décourager tant les créanciers que le débiteur à demander l'ouverture d'une procédure.

iii) Participation des créanciers

56. Dans certains États, il peut être demandé aux créanciers (ou au comité des créanciers) de participer à la fixation ou à l'approbation de la rémunération en

tenant compte de facteurs tels que la complexité de l'affaire, la nature et le niveau des responsabilités du représentant de l'insolvabilité et l'efficacité avec laquelle ce dernier s'en est acquitté, ainsi que la valeur et la nature des actifs de la masse. L'intervention des créanciers peut permettre de surmonter certaines des difficultés examinées plus haut, car les créanciers connaîtraient mieux les problèmes en jeu et auraient la possibilité de participer à la fixation et à l'approbation de la rémunération. Celle-ci pourrait également être revue périodiquement au cours de la procédure, tout problème étant alors examiné et résolu lorsqu'il survient, peut-être par voie d'arbitrage ou par un autre mode de règlement des litiges entre le représentant de l'insolvabilité et les créanciers. Il faudrait veiller à éviter que la partie à qui incombe la décision finale puisse influer indûment sur la conduite de la procédure.

57. Il est vivement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité crée un mécanisme de fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité qui soit suffisamment clair et transparent pour éviter les litiges et permettre de déterminer avec un certain degré de certitude ce que coûtera la procédure d'insolvabilité. Quel que soit le mode de calcul retenu, il est également souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité reconnaisse la nécessité d'accorder la priorité au versement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité.

b) Moyen de paiement

58. Le versement de la rémunération du représentant de l'insolvabilité est souvent source de contestation de la part des créanciers chirographaires; cette rémunération est le plus souvent prélevée sur les actifs non grevés, si bien qu'une fois celle-ci payée, il ne reste parfois rien à distribuer à ces créanciers. Il serait certes injuste de conclure que les dépenses d'administration sont excessives simplement parce que leur montant est supérieur à celui des actifs non grevés disponibles pour régler les créanciers chirographaires, mais le fait que ces derniers voient la plupart sinon la totalité des actifs disponibles utilisés pour couvrir ces dépenses et que la comparaison des dépenses totales d'administration avec la valeur des actifs recouvrés fasse naître un sentiment d'injustice montre qu'il est nécessaire d'étudier attentivement cette question. On peut adopter différentes méthodes pour payer le représentant de l'insolvabilité. Par exemple, lorsque la masse comprend des actifs non grevés, la rémunération pourrait être prélevée sur ces actifs; des frais supplémentaires pourraient être prélevés sur les actifs pour financer leur administration ou leur vente lorsque cette administration ou cette vente profite aux créanciers; des frais supplémentaires pourraient également être perçus sur les créanciers ayant demandé l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour financer au moins les dépenses initiales et l'accomplissement des fonctions d'administration essentielles; ou une part proportionnelle ou définie de la rémunération pourrait être prélevée sur des actifs grevés. Une autre méthode est de rémunérer le représentant de l'insolvabilité à partir d'un fonds constitué par l'État. Cette méthode peut être particulièrement utile lorsque le débiteur n'a pas

suffisamment d'actifs pour financer l'administration de la masse (voir chap. I, par. 72 à 75)[9].

c) Révision de la rémunération

59. Suivant les modalités de fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité, il peut être souhaitable de prévoir un mécanisme de révision en cas de mécontentement du représentant lui-même ou des créanciers. Lorsque la rémunération est fixée par une réunion de créanciers, le tribunal sera généralement habilité à réviser ce montant sur demande du représentant de l'insolvabilité ou d'un pourcentage ou nombre spécifié de créanciers, par exemple de créanciers représentant 10 % des actions émises ou au moins 10 ou 25 % du passif total. Lorsque la rémunération est fixée en premier lieu par le tribunal, différentes solutions existent. Certaines lois autorisent le représentant de l'insolvabilité à appeler de cette décision; d'autres non. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent aussi que le débiteur ne peut solliciter de révision. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est tenu d'appartenir à une organisation professionnelle ou d'avoir une licence, l'organisation professionnelle ou l'autorité qui délivre les licences peut également exercer certains pouvoirs en matière de révision des honoraires perçus et servir de structure informelle de règlement des litiges.

8. Responsabilité du représentant de l'insolvabilité

60. Le degré de prudence dont le représentant de l'insolvabilité doit faire preuve et sa responsabilité personnelle sont des éléments importants pour la conduite de la procédure d'insolvabilité. Afin de déterminer le degré de prudence, de diligence et de compétence avec lequel le représentant de l'insolvabilité doit s'acquitter de ses devoirs et fonctions, on doit tenir compte des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de son rôle mais également de la rémunération à verser en conséquence et de la nécessité d'attirer des personnes qualifiées dans cette profession. Il est également souhaitable que les exigences applicables au représentant de l'insolvabilité garantissent l'exercice de ses devoirs avec compétence, sans pour autant être strictes au point d'encourager des actions en justice contre lui et d'augmenter le coût de ses services. Une loi sur l'insolvabilité devra aussi tenir compte du fait que la responsabilité du représentant de l'insolvabilité supposera souvent l'application de lois autres que celle sur l'insolvabilité ou, lorsque le représentant de l'insolvabilité est membre d'une organisation professionnelle, des normes professionnelles de cette organisation.

---

[9]Ce fonds peut être financé par différents moyens, par exemple: par des versements effectués par les membres des conseils d'administration des entreprises débitrices en liquidation; le prélèvement de droits plus élevés pour le dépôt des demandes d'ouverture; le dépôt obligatoire du produit total de la liquidation sur un compte commun, les intérêts étant crédités sur le fonds; ou encore la taxation des bénéfices annuels des sociétés.

61. Dans de nombreux systèmes juridiques, le représentant de l'insolvabilité devra répondre civilement de tout dommage causé en cas d'exécution défectueuse d'un acte licite ou d'accomplissement d'un acte illicite. Les exigences appliquées varient toutefois. Elles dépendront dans une certaine mesure des modalités de nomination et de la qualité du représentant de l'insolvabilité (par exemple, s'il est un praticien privé ou un agent de l'État). Une solution peut consister à ne pas imposer au représentant de l'insolvabilité d'exigence plus stricte que celle à laquelle le débiteur solvable devrait en principe satisfaire dans le cours normal de ses activités, à savoir, faire preuve de la prudence que l'on attend d'une personne dans cette situation. Certains États peuvent toutefois exiger dans ce cas un degré de prudence supérieur car le représentant de l'insolvabilité ne s'occupe pas de ses propres actifs mais de ceux appartenant à un tiers. Une autre solution consiste à partir du principe que le représentant de l'insolvabilité est censé agir de bonne foi à des fins légitimes. Une troisième possibilité serait de fixer un seuil en deçà duquel il y aurait négligence.

62. Une façon de régler la question de la responsabilité en cas de préjudice serait d'exiger que le représentant de l'insolvabilité dépose une caution ou prenne une assurance pour couvrir la perte d'actifs de la masse ou les dommages-intérêts auxquels il pourrait être tenu en cas de manquement à ses devoirs. Plusieurs lois sur l'insolvabilité exigent à la fois une caution et une assurance, chacune couvrant un type différent de dommage, tandis que d'autres n'exigent qu'une assurance. Dans certains cas, le montant de la caution exigée correspond à la valeur comptable des actifs de la masse, alors que dans d'autres, tant le montant de la caution que celui de l'assurance sont fixés dans les règles de l'association professionnelle ou de l'organisme de réglementation concerné, voire dans la loi sur l'insolvabilité. On peut également prévoir une procédure en réparation différente selon que c'est la caution ou l'assurance qui est mise en œuvre. Il ne sera cependant pas possible de verser une caution ou de prendre une assurance en responsabilité civile personnelle dans tous les États, si bien que d'autres solutions seront nécessaires. Il peut être souhaitable de trouver une solution permettant à la fois de maîtriser le coût du service fourni par le représentant de l'insolvabilité et de répartir les risques liés à la procédure entre les participants sans les faire retomber entièrement sur le représentant de l'insolvabilité au motif qu'il a une assurance responsabilité civile personnelle.

63. Une autre question est celle de savoir si le représentant de l'insolvabilité sera personnellement responsable pour les obligations contractées dans le cours normal de la procédure, notamment de redressement, telles que celles liées à la poursuite de l'exploitation de l'entreprise. Le fait de le tenir personnellement responsable aurait l'avantage d'apporter une certaine sécurité juridique aux fournisseurs du débiteur et d'empêcher l'endettement, mais peut d'un autre côté aussi avoir un effet démotivant si le risque d'être personnellement responsable dépasse de loin les honoraires susceptibles d'être perçus. Une solution est que le

représentant de l'insolvabilité soit responsable sur les actifs de la masse et non sur ses actifs personnels.

64. La question de la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pour les actes illicites commis par le débiteur se pose également, suivant l'étendue du contrôle que le premier exerce sur les activités du second. Dans certaines lois, le représentant de l'insolvabilité peut être tenu responsable des actes illicites commis par le débiteur pendant la période où il exerce ce contrôle. Il n'est cependant pas souhaitable que le représentant de l'insolvabilité soit responsable des actes du débiteur, tels que des dommages causés à l'environnement, commis avant sa nomination.

65. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est assigné dans l'exercice de ses fonctions officielles, il faudra sans doute déterminer quel tribunal sera compétent pour connaître de l'affaire. Pour éviter toute incertitude et confusion, il peut être souhaitable de faire en sorte que le tribunal ayant nommé le représentant de l'insolvabilité (lorsqu'il joue un rôle dans ce type de nomination) soit aussi chargé de l'affaire.

9. Mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité

66. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le tribunal doit autoriser le représentant de l'insolvabilité à faire appel aux comptables, avocats, experts et autres professionnels dont il peut avoir besoin pour l'aider à s'acquitter de ses fonctions. Dans d'autres, une telle autorisation n'est pas requise. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité fixe des critères pour le recrutement de ces professionnels en définissant le niveau d'expérience, de connaissance et de renommée requis, et en exigeant que leurs services soient bénéfiques pour la masse. L'obligation faite au représentant de l'insolvabilité de déclarer un conflit d'intérêts ou une circonstance portant atteinte à son indépendance, de même que l'obligation de confidentialité, valent aussi pour les professionnels que celui-ci emploie ou a l'intention d'employer.

a) Responsabilité pour actes ou omissions

67. Lorsque la masse subit des pertes en raison d'actes commis par les employés ou mandataires du représentant de l'insolvabilité, une loi sur l'insolvabilité devra peut-être aborder le problème de la responsabilité de ce dernier dans pareil cas. Certaines lois prévoient que le représentant de l'insolvabilité n'est pas personnellement responsable, sauf s'il n'a pas exercé une supervision suffisante dans l'exercice de ses fonctions.

b) Rémunération

68. En ce qui concerne la rémunération des professionnels employés par le représentant de l'insolvabilité, différentes solutions peuvent être adoptées. Certaines lois exigent que le montant de la rémunération soit soumis au tribunal pour qu'il l'approuve; une autre approche consisterait à demander l'approbation des créanciers. Les professionnels peuvent être rémunérés à intervalles périodiques pendant la procédure, ou être tenus d'attendre l'achèvement de celle-ci. S'agissant des modalités de paiement, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité règlera le professionnel et se fera rembourser sur la masse, tandis que dans d'autres lois, le professionnel bénéficiera d'une créance afférente à l'administration de la masse.

10. Contestation des actes d'administration du représentant de l'insolvabilité

69. Une loi sur l'insolvabilité devrait expressément indiquer les motifs pour lesquels les créanciers peuvent contester les décisions ou les actes d'administration du représentant de l'insolvabilité ainsi que les décisions pouvant faire l'objet d'une telle contestation. Sur ce point, on distingue dans les lois actuelles deux grandes catégories.

70. Appartiennent à la première catégorie les lois qui confèrent aux créanciers certains droits lorsqu'il peut être prouvé que le représentant de l'insolvabilité a commis une quelconque irrégularité. Il peut s'agir d'une véritable infraction, telle que le détournement de fonds ou d'actifs ou l'obtention de l'approbation des créanciers par des moyens frauduleux; d'erreurs de procédure, comme le fait de ne pas avoir demandé l'approbation des créanciers ou du comité des créanciers alors que cela était nécessaire ou d'avoir omis un autre acte exigé par la loi; ou encore d'une négligence de la part du représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ses fonctions. Dans certains pays, les créanciers ne peuvent attaquer le représentant de l'insolvabilité que dans certaines de ces situations, sinon dans toutes.

71. Entrent dans la seconde catégorie les lois qui prévoient, généralement en sus des motifs liés à des infractions spécifiques, la possibilité pour les créanciers de contester (normalement devant les tribunaux) tout acte, omission ou décision du représentant de l'insolvabilité auquel ils sont individuellement ou collectivement opposés ou qu'ils désapprouvent. Pour que les créanciers obtiennent gain de cause, il faudra normalement qu'ils invoquent des motifs analogues à ceux déjà mentionnés ci-dessus, mais peut-être aussi qu'ils apportent la preuve que l'acte, l'omission ou la décision était contraire à leurs intérêts. Afin d'empêcher que l'administration de la masse ne soit abusivement perturbée, une loi sur l'insolvabilité peut introduire des restrictions, par exemple en aménageant le niveau de preuve exigé pour que le tribunal puisse

donner gain de cause aux créanciers ou en protégeant certains aspects de l'administration.

72. Dans la plupart des lois, les tribunaux appelés à examiner un acte d'administration de la masse de l'insolvabilité et à faire respecter des droits essentiels des créanciers disposent d'un certain nombre de pouvoirs. Ainsi, un tribunal peut ordonner au représentant de l'insolvabilité d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un certain acte lié à l'objection soulevée par le créancier. Il peut aussi être habilité à confirmer, infirmer ou modifier les décisions du représentant de l'insolvabilité ou à révoquer ce dernier à la demande directe du créancier opposant ou d'office. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité est personnellement responsable des dommages causés aux créanciers de manière intentionnelle ou par négligence dans l'exercice de ses fonctions. Certaines lois prévoient également que, dans de tels cas, le tribunal peut imposer une sanction pécuniaire au représentant de l'insolvabilité.

11. Révocation du représentant de l'insolvabilité

73. Certaines lois autorisent la révocation du représentant de l'insolvabilité dans certains cas, notamment s'il a manqué ou s'est soustrait aux obligations légales qui lui incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité; a fait preuve d'incompétence grave ou a commis une faute lourde; n'a pas déclaré un conflit d'intérêts; a commis des actes illicites. Il peut aussi être révoqué pour des motifs moins graves, par exemple, lorsque la procédure exige une compétence particulière ou différente que le représentant nommé ne possède pas, ce qui peut se produire, notamment, lorsque la procédure de liquidation est convertie en procédure de redressement, laquelle nécessite des compétences que le représentant n'a peut-être pas ou, si le débiteur n'est pas dessaisi, n'exige pas la nomination d'un tel représentant. En fonction de l'approche retenue, la révocation peut intervenir sur décision du tribunal, agissant d'office ou à la demande d'une partie intéressée, ou sur décision prise par une majorité appropriée de créanciers chirographaires. Quelle que soit la solution adoptée, la révocation constitue une sanction contre le représentant de l'insolvabilité. Il convient donc que ce dernier ait le droit d'être entendu et de faire valoir ses arguments. Lorsque le représentant de l'insolvabilité est supervisé par une organisation professionnelle ou un organisme de réglementation, il peut être révoqué suite à une enquête et un examen, qui peuvent également entraîner le retrait d'une licence ou de toute autre autorisation.

12. Remplacement du représentant de l'insolvabilité

74. En cas de démission ou de révocation du représentant de l'insolvabilité ou de survenue de tout autre événement qui pourrait empêcher le représentant de l'insolvabilité d'exercer ses fonctions, tel que son décès ou une maladie grave,

on peut éviter des perturbations et des contretemps dans la procédure en prévoyant la nomination d'un successeur soit par le tribunal, soit par les créanciers. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent que la démission du représentant de l'insolvabilité soit approuvée par le tribunal, d'autres non. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit le remplacement du représentant de l'insolvabilité, elle doit peut-être aussi régler les questions liées au remplacement et à la succession en ce qui concerne soit la propriété soit le contrôle (selon le cas) des actifs de la masse, et à la remise au successeur des livres, registres et autres informations concernant le débiteur. Une loi sur l'insolvabilité devra peut-être aussi aborder la question de la validité des actes accomplis dans le cadre de la procédure par le représentant de l'insolvabilité qui a été remplacé et de la rémunération pour le travail réalisé pendant son mandat.

Recommandations 115 à 125

Objet des dispositions législatives

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

a) De spécifier les qualifications requises pour sa nomination;

b) D'établir un mécanisme pour sa sélection et sa nomination;

c) De spécifier ses pouvoirs et ses fonctions; et

d) De prévoir sa rémunération, sa responsabilité, sa révocation et son remplacement.

Contenu des dispositions législatives

Qualifications (par. 36 à 41)

115. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les qualifications et les qualités requises pour être nommé représentant de l'insolvabilité, à savoir notamment être intègre, indépendant et impartial, posséder les connaissances nécessaires en droit commercial et avoir l'expérience des questions liées au commerce et aux entreprises. Elle devrait également spécifier les motifs pour lesquels une personne dont la nomination est proposée ne peut être nommée représentant de l'insolvabilité.

Conflit d'intérêts (par. 42 et 43)

116. La loi sur l'insolvabilité devrait exiger qu'un conflit d'intérêts ou une atteinte à l'indépendance ou encore des circonstances pouvant entraîner un tel conflit ou une telle atteinte soient signalés:

a) Par une personne qu'il est proposé de nommer ou qui est nommée représentant de l'insolvabilité lorsque le conflit d'intérêts ou les circonstances pouvant entraîner un tel conflit ou porter atteinte à son indépendance surviennent pendant la procédure d'insolvabilité; et

b) Par les personnes, notamment les professionnels, dont le recrutement est proposé ou qui sont employées par le représentant de l'insolvabilité ou la masse lorsque le conflit d'intérêts ou les circonstances pouvant entraîner un tel

conflit ou porter atteinte à leur indépendance surviennent pendant la procédure d'insolvabilité.

117. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que l'obligation énoncée dans la recommandation 116 devrait s'appliquer pendant toute la durée de la procédure d'insolvabilité. Elle devrait spécifier les conséquences d'un conflit d'intérêts ou d'une atteinte à l'indépendance.

Nomination (par. 44 à 47)

118. La loi sur l'insolvabilité devrait établir un mécanisme de sélection et de nomination du représentant de l'insolvabilité. Différentes solutions peuvent être adoptées, telles que la nomination par le tribunal; par une autorité de nomination indépendante; sur la recommandation des créanciers ou du comité des créanciers; par le débiteur; ou par application de la loi sur l'insolvabilité, lorsque le représentant de l'insolvabilité est un organisme ou un agent public ou administratif.

Rémunération (par. 53 à 59)

119. La loi sur l'insolvabilité devrait établir un mécanisme de fixation de la rémunération du représentant de l'insolvabilité et accorder la priorité au paiement de cette rémunération.

Devoirs et fonctions du représentant de l'insolvabilité (par. 49)

120. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité a l'obligation de protéger et de préserver les actifs de la masse. Elle devrait spécifier les devoirs et les fonctions du représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne l'administration de la procédure ainsi que la préservation et la protection de la masse, y compris la poursuite de l'exploitation de l'entreprise du débiteur.

Droit d'être entendu (par. 116)

Voir recommandation 137.

Confidentialité (par. 28, 52 et 115)

Voir recommandation 111.

Responsabilité (par. 60 à 65)

121. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les conséquences d'une inexécution ou d'une exécution défectueuse par le représentant de l'insolvabilité des devoirs et fonctions qu'elle lui confère ainsi que toute règle de responsabilité imposée en l'espèce.

Révocation et remplacement (par. 73 et 74)

122. La loi sur l'insolvabilité devrait établir les motifs et la procédure de révocation du représentant de l'insolvabilité. Ces motifs peuvent notamment être les suivants:

a) Incompétence, défaut d'exécution ou absence de la prudence voulue dans l'exercice de ses pouvoirs et de ses fonctions;

b) Impossibilité d'exercer;

c) Défaut d'une qualification particulière ou spécialisée requise dans une affaire donnée;

d) Accomplissement d'actes illégaux;

e) Conflit d'intérêts ou atteinte à l'indépendance qui justifieraient la révocation; ou

f) Modification de la fonction du représentant de l'insolvabilité[10].

123. La loi sur l'insolvabilité devrait établir un mécanisme de révocation du représentant de l'insolvabilité qui reflète la manière dont celui-ci a été nommé et lui donne le droit d'être entendu.

124. En cas de décès, de démission ou de révocation du représentant de l'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité devrait établir un mécanisme de nomination d'un successeur et spécifier si cette nomination doit ou non être approuvée par tribunal.

Masses dont les actifs sont insuffisants pour financer les frais d'administration (par. 45 et chap. I, par. 72 à 75)

125. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la nomination d'un représentant de l'insolvabilité chargé d'administrer une masse dont les actifs sont insuffisants pour financer les frais d'administration, elle devrait également établir un mécanisme de nomination et de rémunération de ce représentant.

C. Créanciers: participation à la procédure d'insolvabilité

1. Introduction

75. Les créanciers ont d'importants intérêts en jeu dans l'entreprise débitrice une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. En règle générale, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que ces intérêts sont protégés par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. De nombreuses lois facilitent aussi la participation directe des créanciers dans la procédure, pour différentes raisons. En tant que parties intéressées au premier chef d'un point de vue économique par l'issue de la procédure, les créanciers risquent de perdre confiance dans une procédure où des décisions essentielles sont prises sans qu'ils soient consultés par des personnes qu'ils peuvent considérer comme n'ayant guère d'expérience ou de compétence dans le type d'activité exercée par l'entreprise ou comme manquant d'indépendance, selon la façon dont le représentant de l'insolvabilité est nommé. Ils sont souvent bien placés pour fournir des conseils et une aide concernant l'entreprise débitrice et pour surveiller les actes du représentant de l'insolvabilité, ce qui permet de parer à d'éventuels abus de la procédure d'insolvabilité et d'éviter des frais d'administration excessifs, mais aussi de traiter et de diffuser l'information. S'il est souhaitable de faciliter une participation importante des créanciers, il faut aussi faire en sorte que le mécanisme de représentation de ces créanciers reste efficace et économique et

[10]Par exemple, lorsque la procédure de liquidation est convertie en redressement.

ne leur permette pas de se mêler de questions qui sont sans incidence sur leurs intérêts (bien qu'il soit souvent difficile de distinguer clairement entre les questions qui ont une incidence et celles qui n'en ont pas).

76. La participation des créanciers, lorsqu'elle est facilitée par la loi sur l'insolvabilité, peut prendre différentes formes. Certaines lois sur l'insolvabilité donnent aux créanciers seulement le droit d'être entendus et de comparaître pendant la procédure, tandis que d'autres leur octroient aussi le droit de se prononcer par vote sur certaines questions, de donner leur avis au représentant de l'insolvabilité si celui-ci le demande ou sur des questions spécifiées dans la loi. Les créanciers peuvent se voir attribuer d'autres fonctions et obligations par la loi sur l'insolvabilité, les tribunaux ou le représentant de l'insolvabilité.

2. Degré de participation des créanciers à la prise de décisions

a) Fonctions devant être exercées par les créanciers

77. Il existe divers degrés possibles de participation des créanciers au processus de décision dans la procédure d'insolvabilité selon les fonctions qu'il est décidé de leur assigner. En général, pour déterminer quelles fonctions devraient être attribuées aux créanciers, il faut examiner la structure globale de la loi sur l'insolvabilité et l'équilibre à assurer dans la répartition des tâches entre le tribunal, le représentant de l'insolvabilité, le débiteur et les créanciers, en particulier des tâches de surveillance et de supervision. Les différentes fonctions attribuées reflètent dans une certaine mesure les différentes cultures et traditions en matière d'insolvabilité et, en particulier, ce que les créanciers attendent de leur participation à la procédure. Toutefois, cette participation est de plus en plus considérée comme un élément important d'une loi sur l'insolvabilité, en particulier comme un contrepoids au rôle confié à d'autres participants par la loi et comme un moyen essentiel de préserver les intérêts des créanciers.

78. Une première approche consiste à n'autoriser qu'une participation limitée. Dans les lois sur l'insolvabilité en question, le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre toutes les décisions clefs sur les questions générales d'administration non sujettes à contestation, les créanciers jouant un rôle minime et n'exerçant guère d'influence. Le faible degré de participation des créanciers peut ici être compensé par les obligations essentielles mises à la charge du représentant de l'insolvabilité, notamment celle de protéger la valeur de la masse au profit ultime de l'ensemble des créanciers. Une telle approche peut être efficace lorsque la procédure est conduite par un représentant de l'insolvabilité expérimenté, car elle évite les éventuelles lenteurs et les frais liés à la gestion de la participation des créanciers, et lorsque le régime de l'insolvabilité réglemente strictement la procédure et l'intervention des différentes parties prenantes.

79. D'autres approches consistent à confier aux créanciers un rôle plus important dans la procédure, rôle qui peut aller de la participation à une première réunion, où sont examinées certaines questions, à une collaboration permanente, pouvant amener ceux-ci à exercer une fonction consultative voire à approuver certains actes et décisions du représentant de l'insolvabilité. Lorsque les créanciers remplissent une fonction consultative générale, par exemple, le représentant de l'insolvabilité peut leur soumettre des questions sans toutefois être lié par leurs décisions ou conseils, auquel cas les lois sur l'insolvabilité comportent souvent des dispositions l'obligeant à demander l'approbation préalable du tribunal pour certains actes ou autorisant les créanciers à saisir le tribunal pour que celui-ci lui donne des instructions contraignantes (ou le remplace s'il ne s'acquitte pas de ses obligations ou agit de toute autre manière au détriment des créanciers).

80. Dans d'autres lois, les créanciers peuvent se voir confier des fonctions particulières concernant la conduite de la procédure, lesquelles impliquent parfois une coopération et une coordination avec le représentant de l'insolvabilité. Ainsi, il arrive que ce dernier soit tenu de les consulter avant de prendre une décision ou que le pouvoir décisionnel soit entre leurs mains. Les créanciers peuvent également être amenés à superviser les actes et décisions du représentant de l'insolvabilité. Ces actes et décisions concernent généralement l'administration de la procédure et des questions touchant les intérêts des créanciers. Il peut s'agir, par exemple, de la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires; de la vérification des créances; de l'approbation de dépenses afférentes à l'administration de la procédure; du maintien de l'activité de l'entreprise en liquidation; du financement postérieur à l'ouverture de la procédure; de la rémunération des professionnels, y compris du représentant de l'insolvabilité; du sort des procédures judiciaires auxquelles le débiteur était partie à l'ouverture de la procédure; de l'examen et de l'approbation d'un plan de redressement; de la constitution d'un comité ou de la nomination de représentants des créanciers; de la supervision des actes du représentant de l'insolvabilité; de la répartition des actifs; et de l'examen (et approbation) des rapport et compte finals du représentant de l'insolvabilité.

81. Les créanciers peuvent jouer un rôle dans la sélection et la nomination du représentant de l'insolvabilité et être autorisés à demander au tribunal sa révocation et son remplacement si celui-ci ne s'est pas acquitté de ses fonctions et devoirs ou a fait preuve de négligence. Ils peuvent aussi demander ou recommander au tribunal certaines mesures, par exemple que le redressement soit converti en liquidation ou encore qu'une action en annulation soit engagée par le représentant de l'insolvabilité ou par eux-mêmes au nom de la masse.

82. Lorsque le régime prévoit que les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité doivent être supervisés ou approuvés par l'ensemble des créanciers ou par le comité ou autre mécanisme de représentation des créanciers, ces derniers sont généralement très protégés. Toutefois, lorsqu'elle

alourdit l'administration de la masse de l'insolvabilité, cette supervision ou approbation peut entraîner une augmentation des coûts et une perte d'efficacité. Les désaccords entre le représentant de l'insolvabilité et des créanciers sont pratiquement impossibles à éviter, étant donné en particulier que le représentant de l'insolvabilité sera appelé à agir dans l'intérêt de tous les créanciers et à prendre des mesures que certains d'entre eux n'appuient ou n'approuvent peut-être pas. Dans le cours normal des choses, néanmoins, ces désaccords ne devraient pas justifier le remplacement par le tribunal du représentant de l'insolvabilité ni l'engagement d'une action contre ce dernier par un créancier. Pour ces raisons, il faudra établir dans le régime de l'insolvabilité un équilibre entre, d'une part, les exigences en matière de supervision ou d'approbation par les créanciers (et notamment définir les actes et décisions qui doivent être approuvés et la procédure d'approbation) et, d'autre part, l'indépendance du représentant de l'insolvabilité ainsi que la nécessité de conduire la procédure de façon rapide et économique. L'équilibre réalisé entre ces facteurs potentiellement antagonistes varie d'un régime à l'autre.

83. Quelles que soient les fonctions revenant aux créanciers, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité indique clairement si ceux-ci sont tenus de les remplir toutes ou si certaines d'entre elles sont discrétionnaires, mais également quel type de relation les créanciers doivent entretenir avec le représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ces fonctions. Il serait peut-être souhaitable en particulier de traiter des différends entre le représentant de l'insolvabilité et les créanciers. Lorsque le différend touche une question qui relève des fonctions assignées à une réunion des créanciers, de nombreuses lois font prévaloir les décisions prises par ces derniers. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet aux créanciers de contester les actes ou décisions du représentant de l'insolvabilité, les possibilités qui s'offrent à eux, lorsque le représentant n'approuve pas ou n'accepte pas leurs objections, ainsi que les règles de procédure et de preuve applicables devraient être spécifiées dans la loi sur l'insolvabilité.

b) Participation à la liquidation et au redressement

84. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient un degré de participation différent selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement. En cas de liquidation, bien que d'une manière générale il ne soit peut-être pas important que les créanciers interviennent dans la procédure ou participent à la prise de décisions, ils peuvent être une source précieuse d'avis autorisés et d'informations sur l'entreprise débitrice, en particulier lorsque celle-ci doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Il peut aussi être souhaitable de faire rapport aux créanciers sur le déroulement de la liquidation de sorte que la procédure leur inspire confiance et soit transparente. En cas de redressement, en revanche, la contribution des créanciers est à la fois utile et nécessaire, car c'est à eux qu'il reviendra généralement d'approuver un plan de redressement proposé.

c) Encourager la participation des créanciers

85. Une question importante qu'il faudra peut-être examiner lorsqu'une loi sur l'insolvabilité confie un rôle actif aux créanciers dans la procédure est celle de savoir comment surmonter l'apathie de ces derniers et les encourager à participer. Il n'est pas rare que des créanciers estiment, même lorsque la loi sur l'insolvabilité les autorise à participer activement, qu'ils n'auront rien à gagner d'une telle participation, surtout si les remboursements ont peu de chances d'être élevés et s'ils risquent en fait de perdre encore plus de temps et d'argent en intervenant dans la procédure. Une loi sur l'insolvabilité peut en partie régler ce problème fréquent en conciliant les différents intérêts des parties prenantes (voir, par exemple, plus haut par. 2 à 18) et grâce à des mesures spécifiques concernant notamment la sélection des membres du comité des créanciers et les fonctions devant être exercées par ce dernier (ou par les créanciers dans leur ensemble lorsqu'il n'y a pas de comité des créanciers), ainsi que l'utilisation de moyens électroniques pour faciliter la communication et le vote si nécessaire. Le problème de la responsabilité pouvant découler de la participation à la procédure, en particulier en tant que membre d'un comité des créanciers, se pose également. On peut régler ce problème en prévoyant une exonération de responsabilité sauf dans des cas clairement définis, tels que des actes frauduleux ou intentionnels.

d) Nécessité d'informer et d'aviser les créanciers

86. Il sera essentiel, pour que les créanciers puissent remplir certaines fonctions, de leur fournir, soit directement soit par l'intermédiaire d'un comité des créanciers ou autre forme de représentation de ces derniers, des informations pertinentes, actualisées et exactes sur la situation commerciale et financière du débiteur et de leur notifier les questions qui ont une incidence sur leurs intérêts et sur lesquelles ils devront peut-être prendre une décision ou donner un avis. Cette notification peut être adressée par l'intermédiaire d'un comité des créanciers ou autre mécanisme de représentation. Les problèmes de confidentialité, déjà mentionnés plus haut en ce qui concerne le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, se poseront aussi avec les créanciers ou le comité des créanciers lorsqu'ils reçoivent de telles informations (voir plus bas, par. 115).

e) Créanciers garantis

87. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité détermine la mesure dans laquelle les créanciers garantis peuvent ou devraient participer aux réunions des créanciers ou siéger dans un comité des créanciers. En règle générale, les créanciers garantis ne sont pas représentés au sein d'un tel comité si la valeur de leur sûreté est égale ou supérieure au montant de leurs créances. En pareil cas, leurs intérêts diffèrent sensiblement de ceux des créanciers chirographaires et le fait qu'ils puissent participer au processus décisionnel et éventuellement en

influencer l'issue n'est sans doute pas bon pour les créanciers dans leur ensemble. Reconnaissant cette divergence d'intérêts, certaines lois sur l'insolvabilité exigent des créanciers garantis qu'ils renoncent à leur sûreté réelle pour pouvoir participer à la procédure et voter sur des questions devant être tranchées par les créanciers. En revanche, quand la valeur de leur sûreté est inférieure au montant de leurs créances, les créanciers garantis auront plus probablement des intérêts semblables à ceux des créanciers chirographaires et leur participation au sein du comité ou au vote des créanciers peut être utile. Dans une procédure de redressement, les créanciers garantis seront directement intéressés, lorsqu'un plan de redressement risque de modifier leurs droits ou que l'actif grevé sera essentiel au succès de ce plan (voir chap. IV, par. 34 à 39).

3. Mécanismes pour faciliter la participation

88. S'agissant des mécanismes de participation, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que l'ensemble des créanciers se réunissent à des étapes clefs de la procédure. D'autres autorisent la création d'un comité – au sein duquel siègent parfois, outre des créanciers, des actionnaires et éventuellement d'autres parties intéressées – composé d'un plus petit nombre de créanciers (nombre qui peut être spécifié par la loi) pour faciliter leur participation à l'administration de la masse. La première solution est particulièrement utile lorsque les créanciers sont peu nombreux ou se trouvent dans la même région géographique. La seconde sera probablement plus utile lorsque les créanciers sont très nombreux ou se trouvent dans différentes régions voire dans différents pays. Le mécanisme de participation utilisé dépendra aussi de la question dont seront saisis les créanciers. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient les deux mécanismes, les questions importantes, telles que l'approbation d'un plan de redressement, devant être examinées par une réunion des créanciers (voir plus bas, par. 96). Lorsqu'un comité des créanciers est constitué, il devrait avoir le droit d'agir indépendamment du représentant de l'insolvabilité, afin de représenter les intérêts des créanciers de manière équitable et objective.

89. Une solution autre que la constitution d'un comité des créanciers est la nomination (soit par les créanciers, soit par le tribunal à leur demande) d'une seule personne (appelée dans certaines lois "intervenant" ou "inspecteur") chargée de représenter certains créanciers ou groupes de créanciers (par exemple ceux détenant au moins 10 % des créances) pendant la procédure d'insolvabilité. Par exemple, une loi a adopté cette approche afin d'assurer une participation plus rapide et plus ordonnée des créanciers et d'éviter les lenteurs et litiges auparavant fréquents. Ce représentant joue un rôle analogue à celui du comité des créanciers, en agissant au nom de tous les créanciers qu'il représente, pour remplir des fonctions telles que surveiller l'administration de la masse par le représentant de l'insolvabilité ou le débiteur; demander des

auditions; engager des poursuites contre le débiteur; demander des renseignements sur des questions touchant les intérêts des créanciers; ou réunir ceux-ci. Dans certaines lois, les créanciers sont tenus de financer les honoraires de leur représentant pour éviter toute charge excessive sur la masse, tandis que dans d'autres ces honoraires doivent être prélevés sur la masse.

90. Pour choisir entre ces différentes solutions, il faudra peut-être mettre en balance différents facteurs, tels que le temps, le coût, l'efficacité, la transparence et la démocratie. La nomination d'un représentant des créanciers, par exemple, peut être plus efficace et plus économique et aboutir à une procédure plus ordonnée et sujette à moins de litiges que la constitution d'un comité des créanciers. Cette dernière solution peut en revanche être un moyen plus transparent et plus démocratique de représenter les intérêts des créanciers. Un autre facteur à prendre éventuellement en considération est la possibilité de recourir à des professionnels de l'insolvabilité bien formés et à des institutions efficaces pour faciliter l'administration et la conduite de la procédure d'insolvabilité. Dans certain cas, on peut remédier à la pénurie de professionnels ou au faible développement des institutions en confiant aux créanciers un rôle plus important dans la procédure. Lorsque le régime de l'insolvabilité en autorise la constitution, le comité des créanciers peut être le mécanisme le plus efficace pour faciliter la participation des créanciers.

4. Assemblées de créanciers

91. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que les créanciers devraient exercer leurs fonctions dans le cadre d'assemblées générales. Comme on l'a vu plus haut (chap. I, par. 64 à 66 et 69 à 71), une loi devrait exiger que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité soit notifiée aux créanciers (personnellement, par voie de publicité ou de toute autre manière) et que cette notification contienne des informations sur un certain nombre de points, notamment sur la première assemblée des créanciers devant être convoquée par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité dans un délai prescrit (pouvant aller, selon les lois, de cinq jours à un mois) après l'ouverture effective de la procédure. Dans un certain nombre de lois sur l'insolvabilité, cette première assemblée est la seule que tiendront tous les créanciers. Lorsqu'elle exige la convocation d'une assemblée, il est souhaitable que la loi spécifie également les questions devant y être discutées et réglées.

92. Les lois sur l'insolvabilité qui prévoient la tenue d'autres assemblées de créanciers adoptent différentes approches. Certaines prévoient la convocation de ces autres assemblées par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité à des fins particulières et d'autres la possibilité pour les créanciers ou le représentant de l'insolvabilité, et dans un petit nombre de cas le débiteur, de convoquer des assemblées selon les besoins. Lorsque les créanciers sont autorisés à convoquer une assemblée, la loi peut soumettre l'exercice de ce

pouvoir à certaines restrictions ou conditions, par exemple que le représentant de l'insolvabilité soit inactif; qu'un délai déterminé après qu'une mesure particulière aurait dû être prise ait expiré; ou que le représentant ait accompli certains actes ou ait pris certaines décisions. Certaines lois prévoient également que seuls les créanciers détenant un certain pourcentage de créances ont le droit de convoquer une assemblée (par exemple, 10 % de la valeur des créances ou encore au moins 25 % du total des créances ou des créances chirographaires). Une autre approche consiste à autoriser toute partie intéressée à demander au tribunal d'ordonner la convocation d'une assemblée de créanciers. Quelle que soit la formule retenue, il importe de faciliter la participation des créanciers et de protéger leurs intérêts tout en veillant à ce que la procédure soit conduite efficacement sans lenteur excessive.

93. Il est souhaitable que tous les créanciers aient le droit d'être entendus sur les questions devant être abordées lors d'une assemblée. Lorsqu'un vote des créanciers est requis, il est bon qu'une loi sur l'insolvabilité établisse les conditions à remplir pour pouvoir voter ainsi que le mécanisme de vote, en indiquant en particulier si les créanciers sont tenus de voter en personne ou s'ils peuvent voter par procuration et par d'autres moyens, tels que le courrier électronique ou l'Internet. En ce qui concerne certaines catégories de créanciers du débiteur (tels que des particuliers détenant des obligations), des règles spéciales devront sans doute être énoncées pour faciliter leur participation à la procédure, surtout s'ils sont nombreux. Il conviendrait peut-être, par exemple, de permettre à des représentants dûment autorisés de représenter un certain pourcentage pour satisfaire à l'exigence de participation d'un nombre ou d'un pourcentage déterminé de créanciers lors d'une assemblée générale de créanciers. Les mêmes considérations s'appliqueraient aux règles de vote; l'obligation de participer et de voter en personne pourrait considérablement compliquer la procédure d'insolvabilité lorsque les dettes du débiteur sont notamment constituées d'obligations émises sur le marché.

94. Il serait souhaitable aussi qu'une loi sur l'insolvabilité permette aux créanciers d'établir des règles pour la conduite effective de leurs assemblées. Ces règles peuvent traiter notamment des conditions à remplir pour pouvoir assister et participer à l'assemblée; des droits de vote; de la majorité requise pour atteindre le quorum; de la présidence; et du déroulement général de l'assemblée. Ces mêmes règles pourraient également s'appliquer au comité des créanciers et à la conduite de ses réunions.

5. Questions devant être soumises au vote des créanciers

95. Une loi sur l'insolvabilité devra déterminer les questions devant être soumises à un vote des créanciers et énoncer les règles de vote applicables dans chaque cas.

96. Lorsque les mesures devant être prises durant la procédure auront des conséquences non négligeables pour l'ensemble des créanciers, il est souhaitable que tous les créanciers aient le droit d'en être avisés et de voter. Il peut s'agir notamment de l'élection du représentant de l'insolvabilité lorsque la loi sur l'insolvabilité confie cette tâche aux créanciers; de l'approbation d'un plan de redressement; de l'approbation d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure; et d'autres actes importants tels que la vente d'actifs essentiels en dehors du cours normal des affaires.

97. Différentes approches peuvent être adoptées en ce qui concerne le vote, selon la nature de la question devant être tranchée. Certaines lois prévoient que le vote doit avoir lieu en personne au cours d'une assemblée de créanciers; d'autres, lorsque les créanciers sont nombreux ou qu'ils ne résident pas sur place, que le vote peut avoir lieu par correspondance ou par procuration. Le vote en personne ne sera évidemment pas possible lorsque les créanciers, et en particulier certains types de créanciers comme les détenteurs d'obligations émises sur le marché et les créanciers étrangers, sont nombreux. Il sera de plus en plus souhaitable d'autoriser le vote par des moyens électroniques, notamment par le courrier électronique et l'Internet, qui peuvent être soumis à des mesures de sécurité appropriées.

98. Diverses approches sont adoptées en ce qui concerne le nombre de voix requis pour que différentes décisions s'imposent aux créanciers, certaines lois sur l'insolvabilité établissant une distinction entre les différents types de décisions prises. Pour les décisions importantes, comme l'approbation d'un plan de redressement, certaines lois peuvent exiger à la fois une certaine proportion de la valeur des créances et un certain nombre de créanciers. Certaines lois exigent une majorité en valeur pour la plupart des décisions et un vote majoritaire en valeur et en nombre pour des décisions telles que l'élection ou la révocation du représentant de l'insolvabilité ou encore le recrutement de professionnels par ce dernier. D'autres lois prévoient uniquement la majorité simple pour des questions telles que l'élection ou la révocation du représentant de l'insolvabilité. D'autres lois encore prévoient que certaines questions doivent être approuvées à la fois par les créanciers garantis et par les créanciers chirographaires et d'autres pas; par exemple, les créanciers garantis participeront au vote en règle générale uniquement sur des questions comme la sélection du représentant de l'insolvabilité et les questions qui touchent leur sûreté réelle.

6. Comité des créanciers

99. Ainsi qu'il est indiqué plus haut, la constitution d'un comité des créanciers ou l'élection ou la nomination d'un représentant des créanciers vise à faciliter la participation active de ces derniers à la procédure, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement. Un comité des créanciers ou un autre

mécanisme de représentation n'est certes pas requis dans toutes les procédures d'insolvabilité mais sera sans doute indiqué lorsque, par exemple, les créanciers sont très nombreux, qu'ils ont des intérêts très divers ou que d'autres caractéristiques de la procédure rendent cette approche souhaitable ou nécessaire (par exemple, pour limiter les lenteurs et les frais). Certaines lois sur l'insolvabilité laissent aux créanciers le soin de décider de constituer ou non un comité ou de nommer ou non un représentant, tandis que d'autres prévoient la constitution d'un tel comité par le tribunal. Quelles que soient les modalités de sa constitution, un comité des créanciers devrait être en mesure d'agir indépendamment du représentant de l'insolvabilité afin de représenter les intérêts des créanciers de manière équitable et objective. Il sera sans doute souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité permette aux créanciers d'établir des règles sur les questions susvisées (voir par. 94) en ce qui concerne la conduite des réunions du comité.

100. En cas de constitution d'un comité, il faudra examiner dans quelle mesure ses frais seront supportés par la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent les créanciers à créer des comités informels qui ne sont pas officiellement reconnus par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité et dont les frais ne sont pas remboursés sur la masse mais sont supportés par les créanciers eux-mêmes. D'autres lois prévoient que les frais du comité des créanciers doivent être imputés sur la masse. La question de savoir qui doit payer est étroitement liée au rôle du comité, à la mesure dans laquelle les fonctions confiées aux créanciers par la loi sur l'insolvabilité peuvent être exercées par un comité ou leur exécution facilitée par la formation d'un comité et d'autres facteurs rendant ou non nécessaire la constitution d'un comité dans telle ou telle procédure. Lorsque les frais doivent être imputés sur la masse, il est souhaitable d'autoriser le tribunal à faire en sorte que ceux-ci ne soient pas excessifs.

a) Créanciers pouvant être nommés à un comité

101. Une loi sur l'insolvabilité qui prévoit la formation d'un comité des créanciers devra indiquer quels créanciers pourront y être nommés. Différentes approches sont adoptées, qui dépendent dans une large mesure du rôle assigné aux créanciers dans la procédure. Les facteurs pris en considération sont notamment l'état de la créance d'un créancier et sa nature. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent, par exemple, que seuls peuvent être nommés les créanciers dont les créances ont été admises (par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, selon la procédure d'admission), tandis que d'autres prévoient la constitution d'un comité provisoire, ouvert à tous les créanciers, en attendant que toutes les créances aient été vérifiées et admises. D'autres lois encore imposent des restrictions concernant le lieu de situation des créanciers pouvant siéger au comité. Pour garantir l'égalité de traitement des créanciers, toutefois, il est souhaitable que des créanciers tels que ceux dont les créances n'ont été que provisoirement admises et les créanciers étrangers puissent être nommés au

comité. Le choix entre ces différentes approches dépend étroitement des fonctions qu'exerceront les créanciers dans la procédure.

102. Une deuxième question est celle de savoir quelles catégories de créanciers doivent être représentées. Si en règle générale, seuls les créanciers chirographaires sont représentés, certaines lois admettent que la constitution d'un comité distinct pour les créanciers garantis se justifie dans certains cas, du fait que les intérêts des différents types de créanciers ne convergent pas forcément et qu'il n'est pas toujours opportun ni bon pour les intérêts des autres créanciers de laisser les créanciers garantis participer au processus décisionnel du comité, et éventuellement d'en influencer l'issue. Il est néanmoins admis que, comme on l'a déjà vu plus haut, la participation des créanciers garantis sera utile dans certaines circonstances soit parce que la procédure a une incidence sur leurs intérêts, soit pour d'autres motifs.

103. D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient la représentation des deux types de créanciers au sein du même comité, au motif que, lorsque le comité est chargé de participer au processus décisionnel et de prendre des décisions clefs, l'exclusion des créanciers garantis risque de nuire à leurs intérêts (en particulier si la valeur de leur sûreté ne couvre pas la totalité de leurs créances). D'autres lois encore ne précisent pas quels créanciers peuvent être représentés dans un cas donné, mais autorisent ceux-ci à choisir collectivement leurs propres représentants sur la base du consentement à siéger (pour remédier au problème fréquent de l'apathie des créanciers) et à élargir ou réduire le comité selon les besoins. Lorsque les catégories de créanciers devant être représentées sont trop diverses pour que leurs intérêts puissent être défendus par un seul et même comité, comme cela peut être le cas pour des groupes d'intérêts particuliers, tels que les détenteurs de créances indemnitaires et les actionnaires, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la constitution de différents comités pour représenter ces différents intérêts. Il est cependant souhaitable que cette possibilité ne soit utilisée que dans des cas particuliers, de manière à éviter des dépenses inutiles et le risque de compliquer le mécanisme de représentation.

104. La participation des actionnaires et des créanciers ayant des liens privilégiés avec le débiteur peut prêter à controverse, notamment lorsque le comité des créanciers est à même de modifier les droits des créanciers garantis ou lorsque les actionnaires interviennent dans la gestion de l'entreprise débitrice. Dans certains cas, toutefois, ces parties ne sont pas directement au courant de la gestion de l'entreprise ou n'y participent pas de près, par exemple lorsqu'il s'agit d'investisseurs. Il peut alors y avoir des raisons impérieuses de les autoriser à participer par l'intermédiaire de leur propre comité. D'autres créanciers pouvant avoir un conflit d'intérêts (par exemple, des concurrents du débiteur qui auraient un intérêt personnel susceptible de compromettre leur impartialité dans l'exercice de fonctions au sein du comité) ne devraient sans doute pas être admis non plus de sorte que le comité puisse s'acquitter de ses

fonctions au nom de la collectivité des créanciers en toute impartialité et indépendance.

105. On peut également s'interroger sur la participation des acheteurs de créances de créanciers. Ceux-ci peuvent avoir des liens privilégiés avec le débiteur ou être des tiers n'ayant aucun intérêt particulier dans l'entreprise débitrice. L'achat par des tiers peut poser le problème de l'accès à des informations sensibles et confidentielles susceptibles d'avoir une valeur sur le marché secondaire des titres de créance (voir plus bas, par. 115). Dans le cas d'un achat par une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la question est de savoir si cette personne devrait être fondée à se prévaloir de la valeur nominale initiale de la créance ou uniquement du montant effectivement payé pour l'acquérir (lorsque ces deux montants diffèrent), en particulier lorsque le droit de vote dépend directement de la valeur de la créance.

106. Afin d'éviter tout problème, la loi sur l'insolvabilité pourrait indiquer expressément quelles parties ne sont pas habilitées à siéger dans un comité des créanciers.

b) Constitution d'un comité des créanciers

107. Lorsque la loi prévoit la création d'un comité des créanciers, elle contient aussi souvent des dispositions sur les modalités de sa constitution, la nature et l'étendue de ses fonctions, ses règles et son mode de fonctionnement – notamment le quorum et le déroulement de ses réunions – ainsi que le remplacement de ses membres. Il peut être souhaitable d'inclure dans une loi sur l'insolvabilité des dispositions sur certaines de ces questions, en particulier sur les obligations et le remplacement des membres, non seulement pour éviter les litiges et garantir la confidentialité, mais aussi pour assurer la transparence et la prévisibilité des procédures. D'autres questions peuvent être traitées dans les règles de procédure adoptées par le comité, concernant notamment le déroulement des réunions, l'élection de la présidence et le règlement des litiges.

108. Les membres peuvent être nommés de différentes manières, qui dépendent dans une large mesure des fonctions incombant au comité. Dans de nombreux cas, ce sont les créanciers qui ont la charge de nommer les membres du comité, généralement à leur première assemblée ou après avoir reçu du représentant de l'insolvabilité des informations préliminaires sur le débiteur. La nomination des membres du comité par les créanciers peut favoriser la confiance de ces derniers dans la procédure et les encourager à y participer. Certaines lois autorisent le tribunal à désigner les membres du comité soit d'office, soit à la demande des créanciers ou du représentant de l'insolvabilité. Cette solution peut présenter plusieurs inconvénients: elle risque notamment de donner une impression de partialité et de manque d'équité et de transparence; de susciter la méfiance des créanciers à l'égard d'un système qui ne les encourage pas ou ne les autorise pas à intervenir dans le choix de leurs propres représentants; et de

ne pas être de nature à résoudre le fréquent problème de l'apathie des créanciers. En revanche, elle peut contribuer à simplifier la procédure de constitution du comité et à réduire les risques de litiges entre créanciers, lesquels peuvent entraîner des retards et occasionner des dépenses. Le choix entre ces différentes solutions peut dépendre de la mesure dans laquelle le tribunal supervise la procédure d'insolvabilité et intervient régulièrement, ainsi que de la mesure dans laquelle les créanciers sont tenus de jouer un rôle actif en s'acquittant de fonctions qui ne se limitent pas à la fourniture de conseils au représentant de l'insolvabilité.

109. Pour faciliter le fonctionnement du comité, certaines lois sur l'insolvabilité spécifient le nombre de ses membres – en règle générale, un nombre impair pour permettre l'obtention d'un vote majoritaire et, dans certains cas, pas plus de trois ou cinq personnes. Lorsque le comité ne représente que les créanciers chirographaires, il n'est parfois ouvert qu'aux principaux créanciers de ce type. On peut identifier ces créanciers de différentes manières, notamment en se reportant à la liste des créanciers devant être établie par le débiteur. Pour veiller à ce qu'il s'acquitte de l'obligation de représenter équitablement tous les créanciers, il peut être souhaitable que le comité soit supervisé, éventuellement par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal, lorsque la loi sur l'insolvabilité lui confie un rôle important.

c) Droits et fonctions d'un comité des créanciers

110. En règle générale, le comité agira au nom des créanciers: ses fonctions seront donc directement liées aux fonctions générales confiées à ces derniers, comme indiqué ci-dessus. Les droits et fonctions dévolus au comité ne devraient toutefois pas priver la collectivité des créanciers du droit de continuer de participer à la procédure d'insolvabilité ou d'y intervenir de toute autre manière. En ce qui concerne le processus décisionnel, le comité des créanciers jouera souvent un rôle consultatif, en faisant des recommandations à l'ensemble des créanciers sur la façon dont les questions essentielles devraient être tranchées, mais il ne sera généralement pas habilité à prendre des décisions importantes au nom des créanciers. Le comité des créanciers peut également jouer un rôle en recevant notification, au nom des créanciers, de certaines questions intéressant les créanciers qu'il représente. Par exemple, lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que les créanciers devraient être consultés sur la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires, toute vente proposée peut leur être notifiée par l'intermédiaire du comité des créanciers pour gagner du temps, réduire les coûts au minimum et faciliter la consultation entre le comité et les créanciers représentés par lui. Le comité des créanciers aura des échanges avec le représentant de l'insolvabilité, ou avec le débiteur si la loi sur l'insolvabilité prévoit qu'il ne sera pas dessaisi en cas de redressement, mais il devrait être en mesure d'agir indépendamment de ces parties pour représenter les intérêts des créanciers.

111. Les lois sur l'insolvabilité prévoient que le comité des créanciers remplit un certain nombre de fonctions, parmi lesquelles informer le représentant de l'insolvabilité des souhaits des créanciers concernant des questions telles que la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires et l'élaboration du plan de redressement; tenir des consultations avec le représentant de l'insolvabilité et d'autres parties principales à la procédure, par exemple les dirigeants de l'entreprise débitrice; participer à l'élaboration d'un plan de redressement; ou éventuellement superviser le représentant de l'insolvabilité. Ces fonctions peuvent être établies par la loi sur l'insolvabilité, ordonnées par le tribunal ou déterminées en collaboration avec le représentant de l'insolvabilité.

112. Tout comme les créanciers dans leur ensemble (voir plus haut), il faudra que le comité puisse obtenir des informations actualisées sur le débiteur et ses finances et donner son avis et celui des créanciers sur les questions relevant de ses fonctions ou sur des questions ayant une incidence sur les intérêts des créanciers (pour ce qui est de la confidentialité, voir plus bas par. 115). Le comité peut en outre avoir besoin d'une assistance administrative et de l'aide d'experts. Ce besoin devrait toutefois être clairement lié aux fonctions qu'il doit remplir. Le comité peut être tenu par la loi de demander au représentant de l'insolvabilité ou au tribunal l'autorisation de recruter un(e) secrétaire et, si les circonstances l'exigent, des consultants et des professionnels. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que le coût de cette assistance, y compris les rémunérations, sera imputé sur la masse de l'insolvabilité, tandis que d'autres les imputent aux créanciers les considérant comme une partie de leurs frais de participation à la procédure d'insolvabilité. Dans le premier cas, il est souhaitable que le tribunal contrôle non seulement la décision de recruter un professionnel mais également les coûts et frais associés à ce recrutement.

d) Responsabilité du comité des créanciers

113. Le comité aurait des obligations envers l'ensemble des créanciers. Il n'assumerait pas de responsabilité ni d'obligation de loyauté à l'égard des propriétaires de l'entreprise insolvable. Il peut être souhaitable toutefois qu'une loi sur l'insolvabilité exige que les membres du comité agissent de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions au sein du comité et qu'elle les exonère de toute responsabilité pour les actes accomplis et les décisions prises par eux ès qualités, sauf si l'on constate qu'ils ont agi de manière frauduleuse ou intentionnelle ou ont manqué à un devoir de loyauté envers les créanciers qu'ils représentent, par exemple en tirant profit de l'administration de la masse; en acquérant des actifs de la masse sans autorisation préalable du tribunal; ou en tirant parti d'informations confidentielles qu'ils ont reçues ès qualités. La règle de responsabilité applicable aux membres du comité peut être différente de celle qui s'applique au représentant de l'insolvabilité. Les membres du comité ne sont en effet pas tenus de posséder des connaissances ou une expérience spécialisées et exercent leurs fonctions volontairement sans être rémunérés. Pour définir la responsabilité du comité, on devra sans doute trouver un juste

milieu entre un niveau de responsabilité trop élevé qui découragera la participation des créanciers et un niveau trop bas qui pourrait donner lieu à des abus et empêcher le comité d'exercer efficacement sa fonction de représentation.

e) Révocation et remplacement des membres du comité

114. Il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité traite des motifs pouvant justifier la révocation d'un membre du comité des créanciers et établisse un mécanisme de remplacement. Ces motifs peuvent être notamment les suivants: faute grave; absence des compétences nécessaires; incompétence; inefficacité; manque d'indépendance; abus de confiance; ou conflit d'intérêts. La procédure de révocation et de remplacement dépendra généralement de la façon dont les membres du comité sont nommés, à savoir par le tribunal ou par les créanciers. Un mécanisme de remplacement sera également nécessaire lorsque des membres du comité démissionnent ou ne sont pas en mesure de continuer à s'acquitter de leurs fonctions, par exemple en cas de maladie grave ou de décès.

7. Confidentialité

115. Comme on l'a déjà indiqué (voir plus haut, par. 28 et 52), il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité impose une obligation de confidentialité à la fois au débiteur et au représentant de l'insolvabilité. Pour des raisons analogues, il peut également être indiqué de déterminer dans quels cas les créanciers devraient être soumis à cette obligation. Durant une procédure d'insolvabilité, les créanciers seront généralement en mesure d'obtenir sur le débiteur et son entreprise de nombreuses informations, dont une grande partie pourra être commercialement sensible. Si, dans le cas d'une liquidation, on peut supposer que les créanciers n'auront guère la possibilité de tirer un avantage déloyal de ces informations (ou de les utiliser d'une manière préjudiciable au débiteur), il n'en va sans doute pas de même en cas de redressement, les créanciers pouvant dans certaines circonstances utiliser ces informations pour compromettre la réussite du plan convenu. C'est pourquoi il sera sans doute bon d'imposer aux créanciers et au comité des créanciers (et à tout professionnel recruté par lui) une obligation de confidentialité de sorte que ceux-ci ne soient autorisés à utiliser les informations obtenues dans le cadre de la procédure que pour l'administration de cette dernière, sauf décision contraire du tribunal. Lorsqu'un comité des créanciers est constitué (et qu'il recrute des professionnels), on peut donner effet à cette obligation en exigeant de ses membres (et des professionnels) qu'ils signent des accords de confidentialité.

Recommandations 126 à 136

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité est:

a) De faciliter cette participation;

b) De prévoir un mécanisme de constitution d'un comité ou autre forme de représentation des créanciers si cela peut faciliter la participation de ces derniers à la procédure d'insolvabilité;

c) De donner aux créanciers le droit d'obtenir des informations sur la procédure; et

d) De spécifier les fonctions et responsabilités du comité des créanciers ou autre forme de représentation.

Contenu des dispositions législatives

Droit d'être entendu

Voir recommandations 133 et 137.

Confidentialité

Voir recommandation 111.

Participation des créanciers (par. 75 à 87)

126. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et indiquer quelles fonctions ils peuvent remplir dans le cadre de cette participation.

Vote des créanciers (par. 96 à 98)

127. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les questions pour lesquelles un vote des créanciers est requis et établir les droits et règles de vote correspondants. En particulier, elle devrait soumettre l'approbation ou le rejet d'un plan de redressement au vote des créanciers.

Convocation des assemblées de créanciers (par. 91 à 94)

128. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que les créanciers tiennent une première assemblée dans un délai déterminé après l'ouverture de la procédure pour discuter des questions spécifiées par elle. Elle peut aussi autoriser le tribunal, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers détenant un certain pourcentage du montant total des créances chirographaires à demander la convocation de toute autre assemblée des créanciers et spécifier les cas dans lesquels une telle assemblée peut être convoquée. Elle devrait spécifier qui est chargé d'aviser les créanciers de la tenue de cette assemblée.

Représentation des créanciers (par. 88 à 90)

129. La loi sur l'insolvabilité devrait faciliter la participation active des créanciers à la procédure d'insolvabilité par exemple par l'intermédiaire d'un

comité des créanciers, d'un représentant spécial ou d'un autre mécanisme de représentation[11]. Elle devrait spécifier si un comité ou autre mécanisme de représentation est nécessaire dans toutes les procédures. Lorsque les créanciers participant à la procédure ont des intérêts divergents et appartiennent à des catégories différentes et que leur participation ne sera pas facilitée par la constitution d'un comité ou autre mécanisme de représentation unique, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir la constitution de plusieurs comités ou mécanismes.

130. Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise la constitution d'un comité ou autre mécanisme de représentation des créanciers, les rapports entre les créanciers et ce comité ou mécanisme devraient être clairement indiqués[12]. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront financés les frais du comité des créanciers.

Créanciers pouvant être nommés à un comité (par. 101 à 106)

131. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les créanciers qui peuvent être nommés à un comité. Les créanciers qui ne peuvent pas être nommés seraient notamment les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et d'autres personnes qui pour une raison ou une autre ne seraient pas impartiales. La loi devrait spécifier si la créance d'un créancier doit ou non être admise pour que celui-ci puisse être nommé à un comité.

Mécanisme de nomination à un comité des créanciers (par. 107 à 109)

132. La loi sur l'insolvabilité devrait établir un mécanisme de nomination des membres d'un comité des créanciers. Différentes approches pourraient être adoptées, telles que le choix des membres par les créanciers ou leur nomination par le tribunal ou par un autre organe administratif.

Droits et fonctions d'un comité des créanciers (par. 110 à 112)

133. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les droits et les fonctions d'un comité des créanciers dans la procédure d'insolvabilité. Ces droits et fonctions peuvent être notamment les suivants:

a) Donner des conseils et apporter une aide au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur non dessaisi;

b) Participer à l'élaboration du plan de redressement;

c) Recevoir notification des questions intéressant la catégorie de créanciers qu'il représente, par exemple la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires, et être consulté sur ces questions;

d) Avoir le droit d'entendre le représentant de l'insolvabilité à tout moment; et

e) Avoir le droit d'être entendu pendant la procédure.

---

[11]Voir plus haut, par. 2 à 21 et recommandations 112 et 113 sur le maintien du débiteur dans la procédure de redressement. Lorsque le débiteur n'est pas dessaisi de son entreprise, un comité des créanciers ou un autre mécanisme de représentation aura un rôle important à jouer en supervisant les activités du débiteur et, si nécessaire, en faisant rapport sur celles-ci.

[12]En particulier, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier la répartition des fonctions et pouvoirs entre les créanciers et le comité ainsi que le mécanisme de règlement des litiges entre eux.

Emploi et rémunération de professionnels par un comité des créanciers (par. 112)

134. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un comité des créanciers, sous réserve de l'approbation du tribunal, de sélectionner, d'employer et de rémunérer les professionnels qui pourraient être nécessaires pour l'aider dans l'exercice de ses fonctions. Elle devrait spécifier comment seront financés les frais et la rémunération de ces professionnels.

Responsabilité d'un comité des créanciers (par. 113)

135. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les membres d'un comité des créanciers sont exonérés de responsabilité pour les actes accomplis ès qualités sauf si l'on constate qu'ils ont agi de manière frauduleuse et qu'ils ont commis une faute intentionnelle.

Révocation et remplacement des membres d'un comité des créanciers (par. 114)

136. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les motifs de révocation des membres d'un comité des créanciers et prévoir leur remplacement[13].

D. Droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel

1. Droit d'être entendu

116. De nombreuses lois sur l'insolvabilité donnent aux créanciers, en tant que principaux bénéficiaires de la masse, et à d'autres parties intéressées un certain droit de regard à la fois sur l'administration de la masse et sur la façon dont le représentant de l'insolvabilité s'acquitte de ses fonctions. Le représentant de l'insolvabilité, le débiteur, un créancier, un comité des créanciers ou une autre partie intéressée souhaitera peut-être demander certaines mesures en vertu de la loi sur l'insolvabilité ou s'opposera peut-être aux demandes de telles mesures formulées par d'autres. Il faudrait que chacune de ces parties puisse être entendue lorsqu'il est porté atteinte aux droits, notamment sur des actifs, ou aux obligations que leur confère la loi sur l'insolvabilité. Lorsque les décisions relatives à l'administration de la masse sont prises par les tribunaux, elles sont généralement susceptibles d'appel devant une juridiction supérieure par une partie dont les intérêts sont lésés. Toutefois, dans quelques lois sur l'insolvabilité, certaines décisions (par exemple la décision de nomination du juge chargé de superviser la procédure ou la décision d'ouverture d'une procédure) sont insusceptibles d'appel.

[13]L'exercice du pouvoir de révocation dépendra du mode de constitution du comité.

2. Procédures de recours

117. Les procédures relatives à l'administration de la masse dépendent en grande partie des règles régissant les fonctions du représentant de l'insolvabilité, des droits et obligations qui incombent au débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité et du rôle actif éventuellement joué dans l'administration par les créanciers soit individuellement, soit par l'intermédiaire d'un comité des créanciers ou autre mécanisme de représentation. Par exemple, dans les lois exigeant que le représentant de l'insolvabilité obtienne l'approbation des créanciers ou de leurs représentants avant d'accomplir certains actes, une procédure permettant aux créanciers de contester ces actes devant un tribunal ne sera, du fait de leur participation directe à la prise de décisions, normalement pas nécessaire sauf lorsque le représentant de l'insolvabilité les a trompés.

118. Lorsque les actes du représentant de l'insolvabilité ne sont pas soumis à l'approbation préalable des créanciers, il sera peut-être bon de permettre à ces derniers de demander à un tribunal d'examiner les décisions du représentant de l'insolvabilité. Cette procédure de recours pourrait également être utile à d'autres parties intéressées lorsqu'elles sont lésées par des actes du représentant de l'insolvabilité.

119. La plupart des lois sur l'insolvabilité exigent que les parties intéressées demandent des mesures ou soulèvent leurs objections par voie judiciaire. Certaines autorisent les créanciers à intenter une action à titre individuel, tandis que d'autres exigent que le ou les créanciers contestant un acte représentent un certain nombre de créanciers ou pourcentage de créances pour être recevables à agir, voire exigent que l'action soit intentée par le comité des créanciers ou par l'ensemble des créanciers. Ces conditions peuvent dépendre des motifs de contestation invoqués. D'autres parties intéressées peuvent être fondées à soulever une objection ou à demander des mesures lorsqu'il est porté atteinte aux droits, notamment sur des actifs, ou aux obligations que leur confère la loi sur l'insolvabilité. Comme on l'a vu plus haut, il faut concilier le droit d'être entendu avec la nécessité d'administrer efficacement la procédure d'insolvabilité.

3. Droit de faire appel

120. Une partie intéressée dont la demande de mesures a été rejetée ou qui a contesté sans succès une demande ou un acte d'une autre partie devrait avoir le droit d'interjeter appel devant une juridiction supérieure si elle estime que le tribunal s'est trompé. La plupart des systèmes judiciaires prévoient différents degrés de juridiction et procédures pour faire appel. Une structure similaire devrait s'appliquer au tribunal qui administre la loi sur l'insolvabilité et à ses décisions.

Recommandations 137 et 138

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant les procédures de recours et d'appel est:

a) De donner aux parties intéressées le droit d'être entendues et de demander des mesures auprès du tribunal lorsqu'il est porté atteinte aux droits, notamment sur des actifs, ou aux obligations que leur confère la loi sur l'insolvabilité; et

b) D'établir des procédures pour octroyer des mesures et pour interjeter appel.

Contenu des dispositions législatives

Droit d'être entendu et de former un recours (par. 116 à 119)

137. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sur toute question qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait être fondée:

a) À contester tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) À demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou requise; et

c) À demander toute mesure dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel[14] *(par. 120)*

138. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

E. Créanciers garantis

121. Comme il a déjà été indiqué, dans certaines lois, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est sans conséquence pour les droits des créanciers garantis et n'empêche en rien leur exercice alors que dans de nombreuses autres, ces droits sont affectés par l'arrêt de la réalisation des sûretés réelles, le redressement et d'autres mesures.

[14]Conformément à ses principaux objectifs, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que les appels formés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ne devraient pas avoir d'effet suspensif sauf si le tribunal en décide autrement, afin que l'insolvabilité puisse être traitée et réglée de manière ordonnée, rapide et efficace sans interruption inutile. Les délais d'appel devraient être conformes à la loi généralement applicable, mais doivent être plus courts dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour éviter toute interruption de cette dernière.

122. Le *Guide législatif* examine les droits des créanciers garantis dans le cadre des dispositions de la loi sur l'insolvabilité susceptibles d'avoir une incidence sur eux. Pour certaines questions, par exemple la constitution de la masse de l'insolvabilité, l'application de l'arrêt des poursuites et le financement postérieur à l'ouverture, il fait expressément référence aux créanciers garantis et à la manière dont ils peuvent être touchés par l'ouverture d'une procédure. Pour d'autres, il n'établit aucune distinction entre les différents types de créanciers, auxquels la loi sur l'insolvabilité s'applique de la même manière et avec les mêmes effets.

123. On trouvera à l'annexe I une liste de renvois aux sections du *Guide* (à la fois aux paragraphes du commentaire et aux recommandations) concernant le traitement des créanciers garantis et de leurs droits dans la procédure d'insolvabilité. Toutefois, pour une idée complète de l'incidence de la procédure sur ces créanciers, il conviendrait de lire le *Guide* dans son intégralité.

IV. Redressement

A. Plan de redressement

1. Introduction

1. Dans les chapitres qui précèdent, le *Guide législatif* examine un certain nombre d'aspects en rapport avec la procédure de redressement, dont un élément essentiel est le plan de redressement. Les lois sur l'insolvabilité traitent généralement de diverses questions concernant ce plan de redressement, telles que celles de savoir quelle doit être la nature ou la forme du plan; quand celui-ci doit être élaboré; qui est autorisé à l'élaborer; ce qu'il doit contenir; comment il doit être approuvé par les créanciers; s'il doit être homologué par le tribunal; quels en sont les effets et comment il doit être exécuté.

2. Les plans de redressement remplissent des fonctions différentes suivant les types de procédure. Dans certains cas, le plan peut être le point d'orgue de la procédure de redressement, prévoyant le versement d'un dividende pour solde de tout compte et la structure finale de l'entreprise une fois le redressement achevé. Dans d'autres, il peut être proposé à l'ouverture de la procédure et indiquer la manière dont le débiteur et l'entreprise devraient être traités pendant la période de redressement – ce qui s'apparente beaucoup à un plan d'entreprise – ainsi que les dividendes et les échéances escomptés. Dans d'autres cas encore, un plan analogue à un plan de redressement est élaboré dans le cadre d'une liquidation où l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Ce plan peut aborder des points tels que les échéances et les mécanismes de répartition provisoire. On examinera ci-après les questions qui se poseraient au sujet d'un plan présenté après l'ouverture de la procédure, qui traite de la conduite de l'entreprise en redressement et propose la modification de droits légaux pour remédier à la situation financière du débiteur. Les considérations exposées ici valent aussi, ne serait-ce que partiellement, pour d'autres types de plan.

2. Nature ou forme du plan

3. Le redressement a pour objet d'optimiser les perspectives de recouvrement des créances en aboutissant à un meilleur résultat que si l'entreprise débitrice était liquidée et de maintenir en activité les entreprises viables afin de préserver les emplois pour les salariés et les débouchés pour les fournisseurs. Vu la diversité des parties prenantes, il se peut que chacune ait des idées différentes sur la meilleure façon d'atteindre ces objectifs. Certains créanciers, tels que de gros clients ou fournisseurs, préféreront sans doute la poursuite des relations d'affaires avec le débiteur à un remboursement rapide de leur créance. Certains préféreront prendre une participation au capital de l'entreprise, d'autres non.

L'offre a donc généralement, dans chaque cas d'espèce, toute une gamme d'options entre lesquelles un choix devra être opéré. Si elle se montre directive quant à l'étendue de cette gamme ou quant au choix devant être fait dans tel ou tel cas, la loi sur l'insolvabilité risque d'être trop restrictive. Il est souhaitable qu'elle ne se borne pas aux plans de redressement visant uniquement à la parfaite remise en selle du débiteur; n'interdise pas les annulations de dettes; ne limite pas le montant qui devra finalement être versé aux créanciers en fixant un pourcentage minimum; ou n'interdise pas la conversion de créances en prises de participation. Une loi non directive ne prescrivant pas de telles restrictions a des chances d'offrir la souplesse suffisante pour que puisse être choisie, dans tout un éventail de solutions possibles, celle qui sera la plus appropriée pour le débiteur.

4. Certaines lois sur l'insolvabilité procèdent de manière illustrative, en dressant une liste, qui ne se veut ni exhaustive ni exclusive, de possibilités pouvant être retenues, par exemple un simple concordat (accord prévoyant le versement aux créanciers, généralement échelonné, d'un pourcentage de leurs créances); le maintien de l'entreprise qui sera ensuite cédée en vue de la poursuite de l'activité (et la liquidation de l'entreprise débitrice); le transfert de la totalité ou d'une partie des actifs de la masse à une ou plusieurs entreprises existant déjà ou à des entreprises qui seront créées; la fusion ou le regroupement de l'entreprise débitrice avec une ou plusieurs autres entités commerciales; une forme complexe de restructuration de la dette et du capital social; ou quelque autre solution. Il est sans doute préférable que la solution la plus appropriée soit déterminée par le marché, lorsqu'il y en a effectivement un, ou du moins par des négociations entre le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, les créanciers et d'autres parties intéressées.

5. Même si elle n'adopte pas une approche directive concernant la forme ou la nature du plan, une loi sur l'insolvabilité pourra fixer certains principes directeurs: par exemple, le rang de priorité des créanciers prévu en cas de liquidation devrait être maintenu en cas de redressement, les créanciers devraient recevoir autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation, le plan ne devrait pas aboutir à un retour de l'entreprise débitrice sur le marché alors qu'elle demeure insolvable et devrait se conformer aux restrictions imposées par d'autres lois (sauf si la loi sur l'insolvabilité les modifie), par exemple aux dispositions concernant le contrôle des changes.

3. Proposition d'un plan de redressement

6. Deux questions importantes se posent au sujet de la proposition d'un plan de redressement: celle du stade de la procédure auquel il devrait être proposé et celle de la partie ou des parties qui seraient aptes ou qui pourraient être autorisées à le proposer. Un certain nombre de réponses différentes peuvent être apportées à chacune de ces questions.

a) Choix du moment pour la proposition

7. En ce qui concerne la première question, celle du moment auquel il convient de proposer le plan, la réponse peut dépendre du but ou de l'objectif du redressement en question, ou être liée à la façon dont la procédure de redressement a été ouverte. Certaines lois, par exemple, prévoient que le plan doit être déposé avec la demande d'ouverture d'une procédure de redressement lorsqu'elle émane du débiteur (la demande pouvant alors être considérée comme une "proposition" de redressement)[1]. Cette solution peut retarder le moment où le débiteur demandera l'ouverture de la procédure et obtiendra un arrêt des poursuites. Il peut aussi être difficile de savoir exactement, lors du dépôt de la demande, ce que doit viser le plan. Si celui-ci a été élaboré sans consultation des créanciers et des autres parties intéressées tout en se voulant définitif, il risque de ne pas être approuvé par les créanciers et de ne pas être exécuté avec succès. De nombreuses autres lois prévoient la négociation et la proposition du plan après l'ouverture de la procédure de redressement. Cette solution offre plus de souplesse puisqu'elle permet aux parties de se consulter pour négocier un plan de redressement acceptable pendant que le débiteur bénéficie de l'arrêt des poursuites. Elle présente cependant aussi un risque: celui de voir des débiteurs qui n'ont nullement l'intention, ou ne sont pas à même, de proposer un plan d'abuser du régime de l'insolvabilité dans le seul but d'obtenir un arrêt des poursuites. La question du choix du moment de la proposition peut aussi se poser en cas de conversion de la procédure de liquidation en redressement (voir plus loin, par. 72 à 75).

b) Parties autorisées à proposer un plan

8. S'agissant de la deuxième question, les aptitudes et les responsabilités des participants à la procédure de redressement concernant la négociation et la proposition d'un plan différeront suivant la façon dont la loi sur l'insolvabilité est conçue et selon le rôle assigné respectivement au représentant de l'insolvabilité, au débiteur et aux créanciers. Par exemple, dans certaines lois, ces parties sont tenues de coopérer à la négociation et à la proposition d'un plan. Pour déterminer quelle partie devrait être autorisée à proposer un plan, ou quelles parties en sont capables, il sera souhaitable de trouver un équilibre entre la liberté accordée aux différentes parties de proposer un plan (par exemple, toutes les parties devraient-elles pouvoir proposer un plan? Devraient-elles pouvoir le faire simultanément ou successivement et en fonction de l'acceptabilité d'un plan proposé?) et les contraintes qui accompagnent nécessairement le processus, à savoir: conditions d'approbation (de vote) (par exemple, tous les créanciers devraient-ils jouer un rôle dans la formulation d'un plan qu'ils doivent approuver?), délais de négociation et de proposition, possibilité de modifier le plan et autres considérations d'ordre procédural. Une

[1]Ce type de démarche ne doit pas être confondu avec une demande de procédure accélérée, qui s'accompagnerait du plan approuvé par les créanciers, voir recommandation 162.

approche souple, par opposition à une approche directive, aura plus de chance de déboucher sur cet équilibre, quoiqu'il soit souhaitable, dans l'intérêt de l'efficacité, de la sécurité juridique et de la prévisibilité, et d'une progression rapide de la procédure, que la loi sur l'insolvabilité fournisse des orientations suffisantes pour faire en sorte que soit proposé un plan viable.

i) Proposition par le débiteur

9. Lorsque la proposition du plan doit intervenir avant l'ouverture de la procédure, elle sera généralement le fait du débiteur mais pourra impliquer des négociations avec une ou plusieurs classes de créanciers, qui pourront convenir d'un plan, sous réserve de son acceptation par les autres créanciers ou de son imposition aux autres classes. Lorsque la proposition du plan doit intervenir après l'ouverture de la procédure, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'elle devrait émaner du débiteur, et précisent parfois que celui-ci devrait agir en coopération avec d'autres parties, telles que le représentant de l'insolvabilité, les créanciers, un avocat, un comptable ou d'autres conseillers financiers. Le fait d'impliquer le débiteur peut avoir pour avantage d'encourager ce dernier à demander une procédure de redressement à un stade précoce et, lorsque le plan envisage la poursuite de l'exploitation de son entreprise, lui permettre de tirer le meilleur parti de la connaissance qu'il a de celle-ci ainsi que des mesures nécessaires pour la rendre de nouveau viable. La liberté accordée au débiteur à cet égard doit sans doute être mise en balance avec la nécessité d'obtenir la confiance des créanciers dans le débiteur et sa proposition. Cette approche peut aussi présenter des avantages indéniables lorsque les principaux dirigeants de l'entreprise sont nécessaires au succès de cette dernière (par exemple en raison de sa complexité) ou seront difficiles à remplacer rapidement.

10. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la possibilité de proposer un plan est exclusivement réservée au débiteur. D'autres lois procèdent par étapes, n'accordant au débiteur cette exclusivité que pendant un délai déterminé, que le tribunal est habilité à proroger si le débiteur peut prouver que cette prorogation est justifiée et que le plan redressement proposé a de réelles chances de réussir. À l'expiration de la période d'exclusivité, si aucun plan n'a été proposé, une autre partie peut en proposer un.

ii) Proposition par les créanciers

11. Lorsque l'approbation du plan par les créanciers est exigée, il y a toujours le risque que le redressement échoue si le plan présenté par le débiteur n'est pas acceptable. Il se peut, par exemple, que les créanciers soient disposés à approuver uniquement un plan qui prive les actionnaires de l'entreprise d'une participation majoritaire au capital et qui retire à la direction en place toute responsabilité dans la gestion. Si le débiteur est le seul à pouvoir proposer un plan et refuse d'envisager de tels arrangements, le redressement risque d'échouer au détriment des créanciers, des salariés et du débiteur lui-même.

Pour ces raisons, dans certaines lois sur l'insolvabilité, le débiteur doit, pour élaborer son plan, coopérer et négocier avec les créanciers; s'il ne propose pas un plan acceptable avant l'expiration de la période d'exclusivité, il est donné aux créanciers la possibilité de proposer leur propre plan (éventuellement par l'entremise d'un comité des créanciers). Cette option peut offrir les moyens de pression nécessaires pour amener les parties à un compromis.

iii) Proposition par le représentant de l'insolvabilité

12. Une autre solution adoptée par de nombreuses lois sur l'insolvabilité consiste à donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité de proposer un plan, soit à la place de celui proposé par le débiteur ou les créanciers, soit à titre complémentaire. Le représentant de l'insolvabilité ayant eu, depuis l'ouverture de la procédure, l'occasion de se familiariser avec l'entreprise débitrice, il sera sans doute bien placé pour déterminer les mesures nécessaires pour la rendre viable. Il sera sans doute aussi bien placé pour faciliter les négociations sur le plan entre le débiteur et les créanciers. L'importance de sa participation dépend des caractéristiques de la loi et, en particulier, des règles d'approbation du plan. Lorsque l'approbation des créanciers est requise, un plan qui tient compte de propositions rencontrant leur agrément aura plus de chances d'être approuvé. Cette considération ne vaudra probablement pas lorsque l'approbation des créanciers n'est pas nécessaire. Lorsque le plan doit être approuvé seulement par le tribunal, de nombreux critères juridiques devront sans doute être remplis pour que le plan présenté soit approuvé. Lorsqu'il n'est pas donné au représentant de l'insolvabilité la possibilité de négocier et de proposer un plan ni de participer à ce processus, il sera souhaitable de lui permettre d'examiner un plan proposé avant que celui-ci soit soumis aux créanciers et à d'autres pour approbation.

iv) Proposition par plusieurs parties

13. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent qu'un plan peut être proposé par plusieurs parties, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité et les créanciers ou le comité des créanciers. Il sera souhaitable, lorsqu'une telle disposition est prévue, d'adopter un mécanisme empêchant que plusieurs plans concurrents ne soient proposés simultanément. En effet, si elle peut, dans certains cas, favoriser l'émergence d'un plan mutuellement acceptable, cette proposition simultanée risque aussi de compliquer la procédure et d'être source de confusion, d'inefficacité et de retards.

14. Dans certaines lois, le tribunal doit prendre l'avis de tiers, tels que des organismes publics et les syndicats, à propos du plan. Bien que l'inclusion de ces parties dans la négociation puisse dans certains cas faciliter la proposition d'un plan acceptable, elle risque aussi, si elle est érigée en principe général, de compliquer et de prolonger la procédure. Elle n'est sans doute souhaitable que si elle a des chances d'être profitable dans des cas où les intérêts de ces parties

sont au cœur du plan de redressement et où la négociation est suivie de près et des délais sont spécifiés.

c) Délais de proposition

15. Certaines lois sur l'insolvabilité fixent un délai après l'ouverture de la procédure dans lequel un plan doit être proposé. Ce délai peut s'appliquer à la proposition du débiteur en particulier ou à toute proposition en général. Une loi, par exemple, prévoit un délai de 120 jours pour la proposition d'un plan par le débiteur; une fois ce délai arrivé à expiration, toute autre partie peut proposer un plan sans qu'aucun délai ne lui soit imposé. Les exemples de délai généralement applicable à la négociation et à la proposition d'un plan vont de 35 à 120 jours à compter de l'ouverture de la procédure, certaines lois prévoyant qu'il pourra être prorogé ou abrégé par le tribunal dans certaines circonstances. Si l'imposition de délais peut contribuer à éviter les retards dans la procédure de redressement, elle peut aussi comporter plusieurs risques, à savoir que les délais soient trop rigides et imposent une contrainte arbitraire, en particulier dans les grandes insolvabilités où la négociation et la proposition d'un plan peuvent prendre beaucoup plus de temps, par exemple plus de 12 mois; qu'ils ne soient pas observés, en particulier en l'absence de sanctions appropriées; ou que l'infrastructure de l'insolvabilité ne puisse s'y tenir (par exemple faute de ressources). Un moyen de régler le problème de rigidité est d'autoriser le tribunal à accorder une prorogation, à condition que le nouveau délai fixé soit bref et qu'il ne puisse pas être prorogé un nombre illimité de fois. L'avantage de cette approche est que la partie demandant la prorogation devra démontrer au tribunal que celle-ci se justifie, à savoir, par exemple, qu'elle est motivée par des raisons valables (telles que la nécessité de mener de plus amples consultations avec les créanciers ou la réception tardive des évaluations ou rapports des conseillers professionnels); qu'elle ne nuira pas aux intérêts des autres parties; et que, si elle est accordée, il existe de réelles chances que soit proposé un plan qui sera approuvé par les créanciers.

16. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit des délais pour la négociation et la proposition d'un plan, il faudra tenir compte des procédures de liquidation qui sont converties en redressement. Les délais standard qui seraient applicables à compter de la date effective de l'ouverture de la procédure (en l'occurrence de liquidation) risquent d'être difficiles à appliquer dans les cas où l'on se fonde sur la demande initiale d'ouverture de la procédure et où l'on considère la conversion comme un prolongement de celle-ci, car un laps de temps important peut s'être écoulé entre l'ouverture de la procédure et sa conversion.

4. Le plan

17. Le résultat du plan dépend de ce qui est faisable. En d'autres termes, il faut se demander si, sur la base des faits et circonstances connus et

d'hypothèses raisonnables, le plan et le débiteur ont plus de chances de réussir que d'échouer. S'agissant de déterminer si un plan a des chances de réussir, deux questions connexes se posent: la première est celle du contenu du plan lui-même, autrement dit ce qu'il propose; la seconde est celle de la façon dont ces propositions sont présentées et expliquées aux créanciers afin d'obtenir leur appui.

a) Contenu du plan

18. La question du contenu du plan est étroitement liée à sa procédure d'approbation, à savoir quels créanciers doivent approuver le plan, quelle majorité est requise pour l'approbation, quel effet aura le plan une fois approuvé (par exemple, s'il s'imposera aux créanciers opposants et aux créanciers garantis et qui sera responsable de son exécution et de la poursuite de la gestion de l'entreprise débitrice) et s'il doit ou non être homologué par le tribunal. De nombreuses lois sur l'insolvabilité comportent des dispositions sur le contenu du plan de redressement. Certaines posent des exigences générales, par exemple que le plan de redressement divulgue à toutes les parties des informations suffisantes et claires sur la situation financière du débiteur et la modification de certains droits légaux qu'il propose, ou énoncent des exigences minimales, par exemple que le plan prévoie le paiement de certaines créances privilégiées. On notera qu'un plan ne doit pas nécessairement modifier ou affecter de quelque autre manière les droits de chaque catégorie de créanciers.

19. D'autres lois fixent des exigences plus détaillées à propos des informations qui doivent être données sur la situation financière du débiteur et sur les propositions pouvant figurer dans le plan. Les informations sur la situation financière du débiteur pourraient inclure l'état de l'actif et du passif; l'état des flux de trésorerie; et les causes ou les raisons de cette situation. Les informations concernant les propositions figurant dans le plan pourraient inclure, suivant l'objectif du plan et la situation d'un débiteur particulier, le détail des classes de créances; les créances modifiées ou affectées par le plan et le traitement réservé à chaque catégorie; la continuation ou le rejet des contrats qui ne sont pas entièrement exécutés; le traitement des baux en cours; les mesures et arrangements concernant les actifs du débiteur (par exemple transfert, liquidation ou conservation); la vente ou tout autre traitement des actifs grevés; la procédure d'information et d'acceptation; le droit des créanciers dont les créances sont contestées de participer au vote et les dispositions prévues pour le règlement des litiges concernant ces créances; les arrangements concernant le personnel du débiteur; la rémunération de la direction de l'entreprise débitrice; le financement de l'exécution du plan; le report de l'échéance ou une modification du taux d'intérêt ou de toute autre condition attachée à des sûretés réelles existantes; le rôle devant être joué par le débiteur dans l'exécution du plan et l'identification de ceux qui seront chargés à l'avenir de la gestion de l'entreprise débitrice; le règlement des créances et les raisons pour lesquelles le montant que recevront les créanciers sera plus élevé

que celui qu'ils auraient obtenu en cas de liquidation; le paiement des intérêts sur les créances; la répartition de tout ou partie des actifs de la masse entre les personnes ayant un droit réel sur ces actifs; les modifications éventuelles de l'instrument ou du document organique constituant l'entreprise débitrice (par exemple modification du règlement intérieur, des statuts, etc.) ou de la structure de son capital ou la fusion ou le regroupement de l'entreprise avec une ou plusieurs personnes; les raisons pour lesquelles l'entreprise sera capable de poursuivre son activité et pourra être redressée avec succès; la supervision de l'exécution du plan; et la durée d'exécution du plan, y compris, dans certains cas, la durée légale maximale.

20. Au lieu de spécifier tout un éventail d'informations détaillées devant figurer dans un plan, il serait peut-être préférable que la loi sur l'insolvabilité définisse le contenu minimal de ce plan, en se concentrant sur ses objectifs clefs et ses modalités d'exécution. Elle pourrait, par exemple, exiger que le plan indique les classes de créanciers visées et le traitement réservé à chacune d'elles; les dispositions qu'il appliquera (par exemple, le traitement des contrats et le maintien du débiteur); et les conditions nécessaires à son exécution (par exemple la vente d'actifs ou d'éléments de l'entreprise, le report d'échéances, les modifications de la structure du capital de l'entreprise et la supervision de l'exécution).

21. Le contenu du plan soulève également des questions liées à d'autres lois. Par exemple, si le droit national interdit la conversion de créances en prises de participation, un plan prévoyant ce type d'arrangement ne pourra être approuvé. Cette conversion pouvant être un élément important du redressement, il faudrait supprimer l'interdiction, du moins dans le contexte de l'insolvabilité, pour que de telles dispositions puissent être prévues dans un plan et approuvées. De même, si un plan est limité par le jeu de lois autre que la loi sur l'insolvabilité uniquement à la remise de dettes ou au report d'échéances, il sera probablement difficile d'obtenir l'adhésion des créanciers. Si la question du rapport entre la loi sur l'insolvabilité et d'autres lois est aussi simple et non controversée dans certaines procédures d'insolvabilité, elle peut être plus complexe dans d'autres, où se poseront notamment des problèmes de restrictions en matière d'investissement étranger et de contrôle des changes (en particulier lorsque de nombreux créanciers sont des non-résidents), de traitement des salariés conformément à la législation du travail applicable si, par exemple, le redressement implique la modification de conventions collectives, ou encore de droit fiscal.

22. Les réponses à ces questions varient. Dans certains États, la loi sur l'insolvabilité sera soumise aux restrictions prévues dans d'autres lois, ce qui aura pour conséquence de limiter l'éventail des options en matière de redressement. D'autres lois sur l'insolvabilité autorisent, dans des circonstances bien déterminées, par exemple lorsque les créanciers y consentent, la levée de certaines de ces restrictions, par exemple celles ayant trait à la disposition des

actifs du débiteur et au rang de priorité dans la répartition. Il est souhaitable que les restrictions imposées par d'autres lois qui auront une incidence sur la loi sur l'insolvabilité soient prises en compte dans l'élaboration de cette dernière et que, dans l'intérêt de la transparence et de la prévisibilité, une loi sur l'insolvabilité traite expressément la question de sa relation avec d'autres lois, en notant chaque fois que possible l'impact que ces dernières peuvent avoir sur elle.

b) Informations devant accompagner le plan

23. Les créanciers et d'autres parties intéressées (telles que les actionnaires), qui peuvent être tenus de se prononcer sur le plan par un vote, doivent pouvoir s'assurer que les propositions de ce dernier sont réalisables et ne sont pas fondées, par exemple, sur des hypothèses erronées et, qu'une fois le plan exécuté, le débiteur ne sera pas surendetté. Pour faciliter cette évaluation, il faut leur fournir des informations expliquant les propositions du plan et leur impact sur leurs droits et créances. À cette fin, le plan peut leur être présenté accompagné d'une note d'information contenant des renseignements détaillés leur permettant de le jauger correctement. Cette note pourra être établie par un professionnel qualifié dont on peut s'attendre qu'il fournisse une évaluation crédible et impartiale des mesures proposées, ou par la partie même qui propose le plan, avec ou sans l'avis d'un professionnel. Lorsque le représentant de l'insolvabilité n'est associé ni à la proposition de plan ni à l'élaboration de la note d'information, il sera peut-être souhaitable de lui demander de commenter les deux instruments. Si les créanciers et les autres parties intéressées ne souscrivent pas à l'évaluation du professionnel ou ne jugent pas convaincantes les informations contenues dans la note, leurs vues pourraient être prises en compte soit à l'occasion de l'approbation – où le plan proposé pourrait être modifié –, soit à l'occasion de l'homologation (si celle-ci est requise par la loi sur l'insolvabilité).

24. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité spécifient les informations qui doivent être communiquées aux créanciers et aux autres parties intéressées pour leur permettre d'évaluer le plan en connaissance de cause, que ces informations doivent figurer dans le plan lui-même ou dans un document séparé. L'obligation de communiquer ces informations, étayée par des mécanismes permettant de les obtenir, va dans le sens de la transparence, qui est un objectif essentiel, et peut contribuer à emporter la confiance des créanciers dans la procédure d'insolvabilité. Elle risque toutefois de poser des problèmes de confidentialité du fait qu'elle donne accès à des informations financières et commerciales potentiellement sensibles concernant le débiteur, même si celles-ci entreront peut-être finalement dans le domaine public une fois le plan approuvé ou homologué par le tribunal. On peut résoudre ce problème en incluant dans la loi une obligation de confidentialité qui s'appliquera au débiteur, aux créanciers, au représentant de l'insolvabilité et aux autres parties intéressées. Il ne faudrait pas abuser de l'obligation d'information pour obtenir

des renseignements qui ne sont d'aucune utilité pour évaluer le plan; l'accent devrait être mis sur les informations nécessaires, dans le cas d'espèce, pour évaluer les propositions spécifiques faites dans le plan.

25. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité spécifie les informations minimales devant figurer dans la note d'information, à savoir par exemple des informations relatives à la situation financière du débiteur, y compris les états de l'actif et du passif et des flux de trésorerie; des renseignements non financiers qui pourraient avoir une incidence sur l'exécution future des obligations du débiteur (par exemple l'existence d'un nouveau brevet); un résumé du plan; une comparaison du traitement accordé aux créanciers par le plan proposé à ce qu'ils pourraient compter obtenir dans le cadre d'une liquidation; les raisons pour lesquelles l'entreprise débitrice serait capable de poursuivre son activité et pourrait être redressée avec succès; des informations sur les mécanismes de vote utilisés pour l'approbation du plan; des informations montrant, s'agissant de l'effet du plan, que les dispositions nécessaires ont été prises pour qu'il soit satisfait à toutes les obligations prévues dans le plan et que le débiteur devrait disposer de liquidités suffisantes pour régler ses dettes conformément au plan.

5. Approbation d'un plan

a) Questions à examiner

26. Pour élaborer des dispositions sur l'approbation du plan dans une loi sur l'insolvabilité, il faut examiner un certain nombre de questions, par exemple celles de savoir si tous les créanciers et actionnaires sont autorisés à voter sur le plan; si le vote devrait s'effectuer par classe; et comment les créanciers qui désapprouvent le plan ("créanciers opposants") seront traités. Les principes à prendre en considération sont notamment les suivants: les créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés par le plan, notamment les créanciers garantis, ne peuvent être liés par ce plan que si la possibilité leur a été donnée de voter; les créanciers garantis devraient voter séparément des créanciers chirographaires; les créanciers d'une même classe devraient chacun bénéficier du même traitement dans le cadre du plan; et une classe de créanciers opposante qui doit être liée par le plan devrait recevoir au moins autant que ce qu'elle aurait reçu dans une procédure de liquidation.

i) Classification des créances

27. La classification des créances a principalement pour objet de satisfaire à l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable aux créanciers, à savoir traiter les créances de même rang de la même manière et faire en sorte que tous les créanciers d'une classe donnée se voient proposer les mêmes conditions par le plan de redressement. Il est une façon de s'assurer que les créances

prioritaires seront traitées conformément à l'ordre de priorité fixé dans la loi sur l'insolvabilité. Il pourra aussi faciliter le traitement des créances des gros créanciers, que l'on pourra persuader de bénéficier d'un traitement différent de celui réservé à la classe générale des créanciers chirographaires, si ce traitement est nécessaire pour rendre le plan réalisable. La classification peut, cependant, compliquer et renchérir la procédure d'insolvabilité suivant le nombre de classes identifiées. Une autre solution, pour éviter que les créanciers devant bénéficier d'un traitement spécial ne soient opprimés par la majorité, serait de leur donner la possibilité de contester en justice la décision de la majorité s'ils n'ont pas été traités de manière juste et équitable. L'existence d'un tel mécanisme pourrait dissuader des majorités de présenter des propositions désavantageant indûment des créanciers prioritaires.

ii) Traitement des créanciers opposants

28. Il sera capital de prévoir un moyen d'imposer un plan approuvé par la majorité au sein d'une classe de créanciers à la minorité opposante de cette classe afin d'accroître les chances de succès du redressement. Il pourra aussi être nécessaire, selon le mécanisme de vote retenu et selon que les créanciers votent ou non par classe, d'examiner si le plan peut être imposé aux classes opposantes de créanciers et aux autres parties concernées.

29. Dès lors qu'un plan peut être approuvé et imposé aux parties opposantes, il sera nécessaire de veiller à ce qu'il protège convenablement celles-ci et, en particulier, à ce que leurs droits ne soient pas injustement lésés. La loi pourrait prévoir, par exemple, que les créanciers opposants ne peuvent être liés que s'ils sont assurés d'un certain traitement. En règle générale, ce traitement consisterait à leur accorder dans le cadre du plan au moins autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation. Il pourrait être exigé que les créanciers garantis soient réglés à hauteur de la valeur de leur sûreté réelle, tandis que, dans le cas des créanciers chirographaires, ceux détenant des droits de rang inférieur, y compris les actionnaires, pourraient ne rien recevoir. Si la procédure d'approbation a pour effet de porter gravement atteinte aux droits des créanciers (en particulier des créanciers garantis) et des autres parties concernées sans leur consentement, ceux-ci risquent de n'être guère disposés à accorder des crédits dans l'avenir. Le mécanisme d'approbation du plan, et l'existence de garde-fous appropriés, seront donc très importants pour la protection de ces intérêts.

b) Modalités d'approbation

30. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la convocation d'une assemblée spéciale des créanciers pour le vote du plan de redressement et exigent que celui-ci (et la note d'information le cas échéant) soit communiqué aux créanciers et aux autres parties intéressées (notamment les actionnaires) habilités à voter un certain temps avant la tenue de cette assemblée. Certaines

lois exigent que le vote se fasse en personne lors d'une assemblée de créanciers, tandis que d'autres autorisent aussi le vote par correspondance ou par procuration. Pour faciliter le vote et prendre en compte l'usage croissant des moyens électroniques de communication, il pourra être souhaitable d'autoriser le vote en personne, par procuration et par voie électronique.

31. Il faut également se demander à propos de l'approbation du plan si les créanciers et autres parties intéressées devraient voter par classe en fonction de leurs droits respectifs; quels types de créances (créances admises ou provisoirement admises) seront pris en compte pour déterminer si la majorité requise a été atteinte; si les créanciers garantis sont autorisés à voter; si les voix correspondant aux créances prioritaires seront prises en compte pour déterminer la majorité requise; quelles parties intéressées, en plus des créanciers, sont habilitées à voter; et quel traitement sera réservé aux créanciers qui s'abstiennent ou qui ne participent pas. Ces questions sont examinées dans les paragraphes ci-après.

i) Traitement des créanciers qui s'abstiennent ou qui ne participent pas

32. Certaines lois considèrent les créanciers qui s'abstiennent ou qui ne participent pas comme ayant voté contre le plan. Cette solution risque de priver d'effet le vote des créanciers qui ont effectivement participé et se sont prononcés pour le plan et peut, dans la pratique, rendre très difficile l'obtention de la majorité requise pour que le plan soit approuvé. Une autre solution consiste, dans de nombreux États, à calculer le pourcentage de votes positifs à partir des suffrages effectivement exprimés, l'idée étant que les créanciers absents ou abstentionnistes peuvent être considérés comme ne s'intéressant guère à la procédure. Elle peut cependant aboutir à ce qu'un groupe potentiellement restreint et non représentatif de créanciers influe sur le cours du redressement, du fait en particulier de la fréquente apathie des créanciers. Il faut donc adopter une approche équilibrée qui facilite l'approbation du plan et garantisse un soutien suffisant des créanciers pour permettre l'exécution et éviter les abus. Pour faciliter les choses, on peut, quelle que soit la solution retenue, exiger que les créanciers et autres parties intéressées soient dûment avisés, en particulier lorsqu'ils sont non-résidents, et adopter des mécanismes destinés à favoriser et à encourager une plus large participation au vote, tel le recours à la procuration et aux moyens électroniques.

ii) Utilisation de présomptions

33. Certaines lois sur l'insolvabilité utilisent aussi des présomptions pour simplifier la procédure de vote. Si, par exemple, un plan annule la créance d'un créancier ou l'action d'un propriétaire (et que la partie concernée n'obtienne rien), un vote contre le plan peut être présumé. À l'inverse, si le plan laisse une créance intacte ou prévoit son paiement intégral, un vote en faveur du plan peut être présumé. Le recours à de telles présomptions peut aussi rendre moins

nécessaires la notification et l'information des créanciers et des autres parties intéressées visés par le plan.

c) Approbation par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires

i) Nécessité de laisser les créanciers garantis et les créanciers prioritaires voter

34. Dans de nombreuses procédures d'insolvabilité, les créances garanties représenteront une part importante du montant de la dette du débiteur. Différentes approches sont possibles en ce qui concerne l'approbation du plan par les créanciers garantis et les créanciers prioritaires. En règle générale, toutefois, la mesure dans laquelle les créanciers garantis seront habilités à voter dépendra de la façon dont le régime de l'insolvabilité traite ceux-ci, des incidences d'un plan de redressement sur leur sûreté réelle et de la mesure dans laquelle la valeur des actifs grevés permettra de les désintéresser.

35. Suivant une première approche, lorsque la loi sur l'insolvabilité est sans incidence sur les créanciers garantis et, en particulier, ne les empêche pas d'exercer leurs droits sur les actifs grevés, il est inutile de leur donner le droit de vote, puisque le plan sera sans conséquence pour leurs sûretés. Les créanciers prioritaires sont ici dans une situation similaire: le plan ne peut réduire la valeur de leurs créances et ils ont le droit d'être intégralement désintéressés avant que soient payés les créanciers non prioritaires. Le problème que pose cette approche, toutefois, est qu'elle risque de réduire les chances de succès du redressement, lorsque les actifs grevés ou la modification des droits de ces créanciers sont essentiels à la réussite du plan. Si le créancier garanti n'est pas lié par le plan et qu'il choisit d'exercer ses droits, par exemple en prenant possession de l'actif grevé et en le vendant, le redressement de l'entreprise risque de devenir impossible. De même, dans certaines circonstances, la réussite du redressement exige que les créanciers prioritaires ne soient pas intégralement désintéressés dès l'approbation du plan. Les perspectives de redressement peuvent être meilleures si les créanciers prioritaires acceptent un paiement échelonné et si les créanciers garantis souscrivent à une modification des modalités de remboursement de leur créance garantie. Si ces créanciers ne sont pas inclus dans le plan et habilités à voter sur les propositions qui touchent leurs droits, il sera impossible de modifier ces droits.

ii) Classes de créanciers garantis et de créanciers prioritaires

36. Reconnaissant la nécessité de la participation des créanciers garantis et des créanciers prioritaires, une deuxième approche consiste à autoriser ceux-ci à voter, en tant que classes distinctes de celle des créanciers chirographaires, sur un plan qui modifierait ou affecterait les conditions de leurs créances ou à donner d'une autre façon leur consentement à être liés par le plan. Ce faisant,

cette approche apporte la garantie minimale que ces créanciers bénéficieront d'une protection adéquate et reconnaît que leurs droits et intérêts respectifs diffèrent de ceux des créanciers chirographaires. Dans de nombreux cas, cependant, les droits des créanciers garantis et des créanciers prioritaires différeront les uns des autres, et il sera peut-être impossible d'exiger que tous les créanciers garantis ou tous les créanciers prioritaires votent dans une seule et même classe. Lorsqu'il en est ainsi, certaines lois prévoient que chaque créancier garanti titulaire de droits distincts sur les actifs grevés forme une classe en soi. Elles prévoient aussi, lorsque les créanciers garantis votent effectivement en tant que classe (par exemple, lorsque plusieurs obligataires détiennent une sûreté sur les mêmes actifs), que la majorité requise au sein de la classe sera généralement la même que celle exigée pour les créanciers chirographaires. Certaines lois fixent toutefois des majorités différentes suivant la façon dont les droits des créanciers garantis seront affectés par le plan (par exemple, une loi prévoit que la majorité des trois quarts est nécessaire en cas de report d'échéance et la majorité des quatre cinquièmes lorsque les droits doivent être affectés d'une autre façon). De même, chaque rang de créances prioritaires formerait une classe séparée dans ces lois.

37. Lorsque les créanciers garantis votent par classe, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que, si la majorité requise au sein d'une classe vote pour le plan, les membres opposants de cette classe seront liés par ce dernier, sous réserve de certaines protections. La loi sur l'insolvabilité peut prévoir, par exemple, que ces créanciers ne seront liés que s'ils reçoivent dans le cadre du plan au moins autant que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation ou si le plan prévoit leur désintéressement, dans un certain délai, à hauteur de la valeur de leur sûreté réelle majorée des intérêts au taux du marché. D'autres lois prévoient que le plan ne peut être imposé aux créanciers garantis sauf s'ils y consentent. La même différence existe pour les créances prioritaires. Certaines lois autorisent leur remboursement étalé à condition que leur valeur actuelle soit préservée. D'autres autorisent la modification des créances seulement avec le consentement des créanciers prioritaires.

iii) Cas des créanciers dont la sûreté est insuffisante

38. Lorsque la valeur de l'actif grevé n'est pas suffisante pour désintéresser intégralement le créancier garanti, un certain nombre de lois sur l'insolvabilité prévoient que ce dernier devrait voter avec les créanciers chirographaires ordinaires pour la fraction non réglée de sa créance. Cette solution peut soulever de difficiles questions d'évaluation pour déterminer si et dans quelle mesure un créancier garanti l'est effectivement. Par exemple, si trois créanciers détiennent une sûreté réelle sur le même actif, il se peut que la valeur de cet actif permette seulement de couvrir la créance de premier rang et une partie de la créance de deuxième rang. Le deuxième créancier ne sera alors habilité à voter que pour la fraction non garantie de sa créance et le troisième ne sera pas garanti du tout. L'évaluation de l'actif est donc cruciale pour déterminer la mesure dans

laquelle ces créanciers garantis le sont effectivement et, partant, s'ils sont habilités ou non à voter en tant que créanciers chirographaires pour une fraction de leur créance.

39. Pour déterminer quelle approche il convient d'adopter sur ce point, il importera d'en évaluer les effets sur l'offre de financement garanti et son coût et d'assurer le plus de sécurité juridique et de prévisibilité possible, compte dûment tenu des objectifs de la loi sur l'insolvabilité et des avantages d'un redressement réussi pour l'économie.

d) Approbation par les créanciers chirographaires ordinaires

40. Différents mécanismes peuvent être utilisés pour que les créanciers chirographaires ordinaires puissent effectivement et efficacement se prononcer par vote sur le plan. Quel que soit le mécanisme retenu, il est souhaitable qu'il soit aussi simple que possible et qu'il soit clairement exposé dans la loi sur l'insolvabilité afin d'assurer la prévisibilité et la transparence.

i) Classes de créanciers chirographaires

41. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité ne prévoient pas la répartition des créanciers chirographaires en différentes classes, ceux-ci formant, aux fins du vote, un seul groupe.

42. Les États dans lesquels les créanciers garantis et les créanciers prioritaires forment des classes à part prévoient aussi souvent la répartition des créanciers chirographaires ordinaires en différentes classes en fonction de leurs divers intérêts économiques. La création de ces classes vise à améliorer les chances de succès du redressement au moins à trois égards en offrant: un moyen utile de faire apparaître les différents intérêts économiques des créanciers chirographaires; un cadre pour structurer le plan et pour assurer le même traitement à tous les créanciers d'une même classe; et un moyen pour le tribunal de s'appuyer sur le fait qu'une classe s'est prononcée en faveur du plan à la majorité requise pour rendre celui-ci opposable à d'autres classes opposantes. La création de différentes classes risquant cependant de compliquer la procédure de vote, elle n'est sans doute souhaitable que si des raisons impérieuses justifient l'octroi d'un traitement spécial à certains créanciers chirographaires ordinaires, par exemple lorsqu'il y a un grand nombre de créanciers dont les intérêts économiques divergent et que le plan prévoit de leur accorder un traitement différent. Les critères pouvant être pris en compte pour déterminer la présence ou l'absence de communauté d'intérêts sont notamment la nature des dettes à l'origine des créances et les voies de droit ouvertes aux créanciers en l'absence du plan de redressement, y compris la mesure dans laquelle celles-ci leur permettraient de recouvrer leurs créances. Lorsque les créanciers chirographaires sont peu nombreux ou lorsque leurs intérêts sont

similaires, il n'est sans doute pas nécessaire qu'ils votent par classe, ce qui simplifie la procédure.

ii) Établissement des classes

43. Certaines lois sur l'insolvabilité indiquent précisément comment établir les classes de créanciers ou créances chirographaires ordinaires aux fins de l'approbation du plan de redressement. Une approche consiste à classer les créances en fonction d'intérêts très proches voire communs – auquel cas la partie qui propose le plan aura une certaine latitude pour inclure les créances dans telle ou telle classe – ou encore en fonction de leur valeur. D'autres approches prévoient que le représentant de l'insolvabilité fait des recommandations au tribunal avant que les créanciers ne votent sur le plan ou que les classes doivent être établies initialement par le débiteur, auquel est laissée une certaine latitude pour déterminer la composition de chacune d'elles; les créanciers chirographaires qui ne sont pas satisfaits de cette composition peuvent demander au tribunal de trancher.

e) Approbation par les actionnaires

44. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le plan de redressement doit être approuvé par les actionnaires, du moins lorsqu'il aura des incidences sur la forme sociale, la structure du capital ou la composition du conseil d'administration. Les actionnaires peuvent aussi être appelés à voter lorsqu'ils sont inclus dans la répartition prévue par le plan. Lorsqu'ils sont habilités à voter, les actionnaires devraient être avisés et informés comme les autres créanciers autorisés à voter. Lorsque la direction de l'entreprise débitrice propose un plan, il se peut que celui-ci ait déjà été approuvé par les actionnaires (suivant la structure de l'entreprise en question, cette condition peut être imposée par les statuts). Tel est souvent le cas lorsque le plan touche directement les actionnaires, par exemple en prévoyant des conversions de créances en prises de participation, soit par le transfert d'actions existantes, soit par l'émission de nouvelles actions.

45. Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise les créanciers ou un représentant de l'insolvabilité à proposer un plan et que celui-ci prévoit la conversion de créances en prises de participation, certains États permettent l'approbation du plan par les créanciers malgré l'opposition des actionnaires, indépendamment des dispositions des statuts de l'entreprise débitrice. Les actionnaires en place peuvent ainsi, par l'effet du plan, se trouver totalement évincés dans la nouvelle entreprise sans leur consentement.

f) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

46. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ne doivent pas voter avec les autres créanciers

pour l'approbation du plan ou que leurs voix ne compteront pas à certaines fins, par exemple pour déterminer qu'une classe de créanciers lésée a accepté le plan (lorsque c'est là une condition pour l'approbation). De nombreuses lois sur l'insolvabilité, toutefois, ne comportent pas de dispositions traitant spécifiquement la question des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Dans ce cas, ces personnes votent généralement comme les autres créanciers. Elles seront néanmoins généralement soumises aux dispositions des lois autres que celle sur l'insolvabilité pour ce qui est de leurs affaires personnelles avec le débiteur et son entreprise.

g) Conditions exigées pour l'approbation du plan

47. De nombreuses lois sur l'insolvabilité fixent le seuil minimal d'adhésion des créanciers nécessaire pour qu'un plan soit approuvé. La majorité requise peut être calculée de diverses manières, selon que les créanciers votent ou non par classe, selon la façon dont ces classes sont prises en compte pour déterminer la majorité et, comme on l'a déjà vu, selon que la loi sur l'insolvabilité exige une majorité des créanciers votants ou de tous les créanciers.

i) Lorsque le vote ne s'effectue pas par classe

48. Lorsque les créanciers ne votent pas par classe, la majorité peut être fixée par référence à l'adhésion d'une certaine proportion ou d'un certain pourcentage de la valeur des créances ou d'un certain nombre de créanciers, ou une combinaison de ces deux formules. Certaines lois exigent, par exemple, que le plan reçoive l'adhésion de créanciers détenant au moins les deux tiers ou les trois quarts de la valeur totale des créances et de plus de la moitié ou des deux tiers du nombre de créanciers. Si, en général, ces proportions s'appliquent aux créanciers prenant effectivement part au vote concernant l'approbation du plan, dans certaines lois, elles sont déterminées par référence à la valeur totale des créances et au nombre total de créanciers, que ceux-ci prennent ou non part au vote (voir plus haut, par. 32). D'autres combinaisons ont également cours.

ii) Lorsque le vote s'effectue par classe

49. Lorsque les créanciers votent par classe, toutes sortes de formules sont appliquées pour déterminer quand un plan a été approuvé. Ces formules – parfois assez complexes – consistent à exiger l'approbation par une classe particulière ou par toutes les classes et à fixer des majorités étant déterminées par référence, dans certains cas, aux seuls créanciers votant effectivement et, dans d'autres, au nombre total de créanciers, qu'ils votent ou non. Quelle que soit la formule retenue, il importe de l'indiquer clairement dans la loi sur l'insolvabilité pour apporter sécurité et transparence aux parties à la procédure de redressement.

a. Majorité dans une classe particulière

50. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent l'approbation du plan par une majorité des créanciers d'une classe, la majorité requise correspondant à un pourcentage ou à une proportion de la valeur des créances ou à un certain nombre de créanciers, ou une combinaison des deux. Même si elle rend plus difficile l'approbation du plan, une formule qui associe la valeur des créances et le nombre de créanciers peut se justifier par le fait qu'elle préserve le caractère collectif de la procédure. Par exemple, si un créancier détient à lui seul la majorité en valeur, une telle règle l'empêchera d'imposer le plan à tous les autres créanciers contre leur gré. De même, elle pourra empêcher un gros créancier d'imposer sa non-adhésion au plan aux autres créanciers au détriment de ces derniers, encore que certaines lois donnent aux créanciers qui détiennent plus d'un certain pourcentage de la valeur totale des créances le pouvoir d'opposer leur veto à l'approbation du plan ou d'imposer une amélioration de ce dernier qui profitera à tous les créanciers. Une procédure de vote qui combine la valeur des créances et un nombre de créanciers empêchera également un grand nombre de créanciers titulaires de créances d'un faible montant d'imposer leur volonté à quelques créanciers détenteurs de très grosses créances. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que, même lorsqu'une majorité du nombre de créanciers soutient le plan, mais que ces créanciers détiennent moins d'un certain pourcentage de la valeur totale des créances (par exemple, moins de 25 ou de 30 %), le tribunal peut ne pas homologuer le plan. Cette règle peut s'expliquer par le fait qu'elle contribue à faire en sorte que le plan bénéficie d'un appui suffisant pour pouvoir être exécuté avec succès.

b. Majorité des classes

51. Certaines lois exigent que toutes les classes de créanciers soutiennent le plan pour que celui-ci soit approuvé. Dans quelques autres, en revanche, l'appui de certaines classes peut permettre d'imposer le plan à celles qui le rejettent. Par exemple, la majorité simple des classes peut être exigée, mais lorsque le plan reçoit l'adhésion de moins de la majorité, il peut lier les classes opposantes si le tribunal a l'assurance que certaines conditions sont réunies. Une loi, par exemple, établit trois classes de créanciers et prévoit que le plan doit être approuvé par au moins deux d'entre elles, dont au moins une ne serait pas totalement désintéressée si l'entreprise débitrice devait être liquidée. Selon une autre variante, il faut qu'au moins l'une des classes votant pour voie ses droits modifiés ou affectés par le plan, afin que celui-ci ne reçoive pas uniquement le soutien des créanciers dont il laisse les droits intacts. D'autres lois prévoient que le soutien de classes de créanciers chirographaires ne peut emporter l'approbation du plan si des créanciers garantis y sont opposés. Les conditions requises pour lier les classes opposantes sont examinées plus en détail aux paragraphes 54 à 63 ci-après.

6. Lorsqu'un plan proposé ne peut être approuvé

a) Modification d'un plan proposé

52. Quel que soit le mécanisme de vote retenu, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité soit suffisamment souple pour permettre, en vue d'obtenir un large soutien, qu'un plan soumis à l'approbation des créanciers et des autres parties intéressées soit négocié par ceux-ci lors de la procédure de vote. Si une telle négociation n'est pas possible et que le vote se limite au plan tel que proposé, les chances d'obtenir l'approbation risquent d'être réduites. Pour apporter une certaine souplesse, on pourrait donner aux créanciers la faculté de voter à la majorité le report de l'assemblée convoquée pour approuver le plan, s'il apparaît que de nouvelles négociations peuvent déboucher sur un résultat favorable ou que les litiges et les questions en suspens peuvent être réglés. Comme pour nombre d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité, cependant, il est souhaitable qu'un tel report soit possible seulement dans des circonstances bien circonscrites ou du moins un nombre limité de fois et que des délais soient éventuellement fixés afin de faciliter une issue rapide des renégociations et d'éviter les abus.

b) Échec de l'approbation du plan

53. Lorsqu'un plan de redressement n'est pas approuvé et que sa renégociation et modification ne permettent pas de résoudre les difficultés rencontrées, une loi sur l'insolvabilité peut adopter différentes approches concernant la poursuite de la procédure. Certaines lois considèrent que la non-approbation du plan est le signe que les créanciers préfèrent la liquidation et prévoient alors la conversion de la procédure de redressement en une procédure de liquidation (voir plus loin, par. 72 à 75). Une telle approche peut encourager les débiteurs à proposer un plan acceptable, sous réserve de prévoir des garde-fous afin de prévenir les abus dans les cas où la liquidation n'est pas dans l'intérêt de tous les créanciers. D'autres lois prévoient que la procédure de redressement doit être abandonnée. Dans de nombreux cas, cette approche a l'inconvénient de laisser le débiteur en état de difficulté financière, avec le risque de voir de nouvelles dettes s'ajouter aux autres et les actifs se déprécier, et de retarder l'ouverture d'une procédure de liquidation sans doute inévitable (cette approché est examinée plus avant, voir par. 71).

7. Lier les classes de créanciers opposantes

54. Comme il a été noté plus haut, quelques États qui permettent aux créanciers garantis et aux créanciers prioritaires de voter et qui créent différentes classes de créanciers chirographaires prévoient en outre un mécanisme (parfois appelé "cram-down") en vertu duquel l'appui d'une ou de plusieurs classes permet d'imposer le plan aux autres classes (y compris, dans

certaines lois, à celles des créanciers garantis et des créanciers prioritaires) qui ne soutiennent pas le plan. Une loi sur l'insolvabilité qui comporte de telles dispositions pose aussi généralement des conditions qui visent à protéger les intérêts de ces classes opposantes. Ces conditions sont notamment les suivantes: que les approbations requises aient été obtenues et que le processus d'approbation ait été régulier; que le plan accorde aux créanciers au moins autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation; que le plan ne contienne pas de dispositions contraires à la loi sur l'insolvabilité ou à une autre loi applicable; que les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure soient payées intégralement, sauf dans la mesure où le titulaire a accepté un traitement différent; que le plan traite les créances des classes opposantes en fonction du rang que leur accorde la loi sur l'insolvabilité (en d'autres termes, les créanciers de ces classes seront payés intégralement, sous forme d'argent ou de biens, tels que des actions ou autres valeurs mobilières, avant que ne soient payés les créanciers d'un rang inférieur). Puisque c'est en général au tribunal qu'il appartient de voir si ces conditions sont satisfaites, elles sont traitées dans la section suivante.

55. Certaines lois sur l'insolvabilité habilitent le tribunal à ordonner que les créanciers garantis soient liés par le plan, à condition qu'il soit convaincu, par exemple, que la réalisation des sûretés réelles compromettra considérablement les chances de succès du plan; que les sûretés seront suffisamment protégées par le plan; et que la situation des créanciers garantis ne se détériorera pas davantage en raison de l'exécution du plan (par exemple, les intérêts futurs seront payés et la valeur de l'actif grevé ne sera pas affectée). Des dispositions analogues autorisent le tribunal à lier les créanciers prioritaires au plan à condition que leur soient remboursés l'intégralité de leurs créances prioritaires ainsi que les intérêts préservant la valeur actuelle de ces créances.

8. Homologation d'un plan par le tribunal

56. Tous les États n'exigent pas l'homologation par le tribunal d'un plan qui a été approuvé par les créanciers; l'approbation par la majorité requise est la seule condition à remplir – pour que le plan prenne effet et s'impose aux créanciers opposants par le jeu de la loi sur l'insolvabilité. Dans ces systèmes, le tribunal continuera d'avoir un rôle à jouer lorsque le plan lui-même ou les moyens d'en obtenir l'approbation sont contestés par des créanciers opposants ou d'autres parties intéressées, y compris le débiteur. D'autres États, en revanche, exigent l'homologation du tribunal pour que le plan approuvé prenne effet et devienne contraignant.

a) Contestation de l'approbation du plan

57. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que l'approbation du plan par les créanciers peut être contestée devant le tribunal. La façon dont une

contestation sera entendue pourra dépendre du mécanisme utilisé pour donner effet au plan. Si l'homologation du plan par le tribunal n'est pas requise, par exemple, les créanciers opposants ou d'autres parties intéressées, y compris le débiteur, peuvent présenter leur contestation au tribunal après le vote sur l'approbation. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'homologation d'un plan approuvé, une contestation peut être présentée à l'audience d'homologation. La loi devra préciser quelles parties sont habilitées à contester l'approbation du plan et à quel moment, en particulier lorsque la contestation est motivée par une fraude. Dans ce cas, tout délai devant être fixé pour contester l'approbation du plan devrait l'être à compter de la découverte de cette fraude. La loi devra en outre préciser les conséquences d'une contestation à laquelle le tribunal a donné gain de cause. Elle pourrait, par exemple, offrir une nouvelle possibilité d'examiner et d'approuver le plan si cette solution est suffisante pour remédier aux motifs de la contestation ou prévoir la conversion de la procédure en liquidation.

58. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité fixent les motifs de contestation de l'approbation du plan, par exemple le fait que cette approbation a été obtenue par des manœuvres dolosives (par exemple, des informations fausses ou trompeuses ont été données aux créanciers et aux autres parties intéressées ou des informations importantes n'ont pas été communiquées au sujet du plan de redressement ou de la situation financière du débiteur); qu'il y a eu quelque irrégularité dans la procédure de vote (par exemple, des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ont participé au vote alors que la loi sur l'insolvabilité l'interdit ou la résolution approuvant le plan allait à l'encontre des intérêts de l'ensemble des créanciers); qu'il y a eu quelque irrégularité dans la façon dont a été organisée ou menée l'assemblée au cours de laquelle le vote a eu lieu (par exemple, la tenue de l'assemblée n'a pas été dûment notifiée); que des motivations inappropriées sont à l'origine des propositions avancées dans le plan ou que celui-ci contient des dispositions contraires à la loi; que le plan n'est pas réalisable (par exemple, des actifs grevés sont nécessaires à son succès, mais il ne s'impose pas aux créanciers garantis et aucun accord n'a été conclu avec les créanciers garantis concernés au sujet de leurs sûretés); que le plan ne satisfait pas aux conditions visant à protéger les créanciers opposants au sein d'une classe (par exemple, le plan ne leur permettra pas de recevoir autant que ce qu'ils auraient reçu si l'entreprise débitrice avait été liquidée); que les propositions lèsent de façon injuste les intérêts de celui qui remet en question l'approbation du plan; ou que le traitement des créances dans le plan ne respecte pas le classement des créances prévu par la loi sur l'insolvabilité (sauf s'il a été convenu de déroger à ce classement).

59. Puisqu'il est probable que tous les créanciers seront dans une certaine mesure lésés par la procédure de redressement, un créancier ne pourra généralement contester avec succès l'approbation du plan en invoquant un dommage ou un traitement inéquitable que s'il subit un préjudice plus important

que les autres créanciers ou classes de créanciers. Lorsque le créancier à l'origine de la contestation a voté en faveur du plan, les motifs de contestation pourront être limités, par exemple, à la fraude et autres irrégularités.

b) Mesures nécessaires pour l'homologation du plan par le tribunal

60. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'homologation du plan par le tribunal, ce dernier devrait en principe homologuer un plan qui a été approuvé par la majorité requise de créanciers (qu'ils aient ou non voté par classe). Comme cela est indiqué plus haut, certains États font jouer un rôle actif au tribunal en l'autorisant à imposer le plan à une classe de créanciers opposante. Le tribunal peut alors être appelé à jouer un rôle qui s'apparente à une formalité juridique; il n'a pas à examiner les considérations commerciales sur la base desquelles les créanciers ont voté en faveur du plan, mais à s'assurer que l'approbation du plan a été régulièrement obtenue (c'est-à-dire qu'il n'y a aucune preuve de fraude dans le processus d'approbation) et que certaines conditions sont satisfaites.

61. Ainsi qu'il est noté plus haut (par. 54), ces conditions peuvent être comparables ou identiques à celles qui s'appliquent en cas de contestation de l'approbation du plan, à savoir: que les classes de créanciers opposantes participent aux avantages économiques du plan; qu'elles obtiennent dans le cadre du plan autant que ce qu'elles auraient obtenu dans une liquidation; qu'aucun créancier ne reçoive plus que l'intégralité de la valeur de sa créance; que le plan respecte le classement normal des créances prévu par la loi sur l'insolvabilité; et que les créanciers de même rang bénéficient de l'égalité de traitement. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent des classes de créanciers chirographaires non prioritaires à accepter, par vote à la majorité requise de la classe, un rang différent de celui que leur accorderait la loi dans une répartition à des fins de liquidation. Une classe de créanciers chirographaires ordinaires qui ne sera pas désintéressée intégralement pourrait consentir, par exemple, à une répartition au profit d'une classe de créances ou d'actionnaires de rang inférieur. Les créances et dépenses qui sont afférentes à l'administration de la procédure ou qui peuvent prétendre à un paiement prioritaire doivent généralement être réglées intégralement pour qu'un plan de redressement soit homologué, sauf si les créanciers concernés acceptent un traitement différent. Dans certaines lois, le tribunal est tenu d'apprécier d'autres points, par exemple si le plan peut être considéré comme équitable à l'égard des classes dont il modifie ou touche les intérêts mais qui l'ont néanmoins accepté.

62. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent également le tribunal à rejeter un plan au motif qu'il n'est pas réalisable ou qu'il est impossible à mettre en œuvre d'un point de vue pratique plutôt qu'économique. Une telle solution peut se justifier, par exemple, dans les cas où le plan ne s'impose pas aux créanciers garantis et ne prévoit pas non plus l'apurement intégral de leurs créances garanties. Le tribunal peut, en pareil cas, rejeter le plan s'il considère que les

créanciers garantis exerceront leurs droits sur les actifs grevés, ce qui rendrait le plan impossible à exécuter. On devrait chercher à parer à une telle éventualité dans les dispositions relatives à l'élaboration et à l'approbation du plan.

63. Plus les décisions que le tribunal est appelé à prendre concernant l'approbation ou l'homologation sont complexes, plus les juges sont tenus d'avoir des connaissances et des compétences spécialisées, et plus ils risquent de s'immiscer dans les choix à caractère essentiellement commercial qui conduisent les créanciers à approuver ou à rejeter un plan. En particulier, il est très souhaitable que la loi n'exige pas ou ne permette pas que le tribunal examine les justifications économiques et commerciales de la décision des créanciers (y compris les questions d'équité qui ne concernent pas la procédure d'approbation, mais le fond de ce qui a été convenu), ni qu'il étudie la faisabilité économique de certains aspects du plan, à moins que les cas dans lesquels ce pouvoir peut être exercé soient étroitement définis ou que le tribunal ait les compétences et l'expérience pour procéder à l'évaluation économique et commerciale nécessaire. Pour ces raisons, il est souhaitable de concevoir avec soin les conditions d'approbation du plan par les créanciers et d'homologation de celui-ci par le tribunal afin de réduire au minimum les problèmes tels que ceux qui sont évoqués ici.

9. Effet d'un plan approuvé et, si la loi l'exige, homologué

64. Il est généralement prévu qu'une fois approuvé par la majorité requise de créanciers et d'actionnaires et, si la loi sur l'insolvabilité l'exige, homologué par le tribunal, le plan s'imposera à tous les créanciers chirographaires ordinaires concernés, à savoir ceux qui ont voté pour, ceux qui s'y sont opposés, ceux qui n'ont pas participé au vote et les actionnaires. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également que le plan liera les administrateurs et d'autres parties sur décision du tribunal. Certaines lois interdisent aux parties qui sont liées par le plan de saisir le tribunal pour obtenir la liquidation de l'entreprise débitrice (sauf dans des circonstances particulières, par exemple lorsque l'exécution échoue ou lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ses obligations comme l'exige le plan), d'engager ou de poursuivre une action en justice contre le débiteur ou de rechercher l'exécution sans l'approbation du tribunal. Certaines lois prévoient également qu'une fois le plan approuvé par les créanciers et, lorsqu'elles l'exigent, homologué par le tribunal, le débiteur retrouve le contrôle des biens de la masse de l'insolvabilité aux fins de l'exécution du plan (à moins que ce dernier n'en dispose autrement) et peut obtenir une remise de dettes en application du plan.

10. Contestation d'un plan après son homologation par le tribunal

65. Parmi les lois sur l'insolvabilité qui exigent l'homologation du plan par le tribunal, nombreuses sont celles qui prévoient la possibilité de contester ce plan

devant ce tribunal après l'audience d'homologation (dans certains cas, avant l'expiration d'un certain délai). Étant donné que le tribunal doit s'assurer qu'un certain nombre de conditions sont remplies avant d'homologuer un plan, les motifs de contestation après homologation seraient généralement plus restreints que les motifs de contestation au moment de l'homologation et se limiter, par exemple, à la fraude. Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise une telle contestation après l'homologation, il peut être souhaitable de spécifier un délai à compter du moment où la fraude a été découverte dans lequel une action en contestation peut être intentée et de préciser par qui elle peut l'être. Dans le cas où la contestation d'un plan déjà homologué est reçue par le tribunal, différentes options peuvent être prévues par la loi sur l'insolvabilité. Par exemple, le plan peut être annulé et la procédure convertie en liquidation. La procédure peut aussi être abandonnée et le débiteur reprendre le contrôle de ses actifs. Cette dernière option ne résout pas les difficultés financières du débiteur et risque simplement de retarder l'ouverture de la procédure de liquidation et d'aggraver encore dans l'intervalle la dépréciation des actifs du débiteur. Pour déterminer l'option qui convient le mieux dans ce cas, il faudra tenir compte de la mesure dans laquelle le plan a déjà été exécuté, voir comment les mesures qui ont été prises en exécution du plan, telles que les versements effectués aux créanciers, doivent être traitées et dans quelle mesure il peut être remédié aux motifs qui ont été invoqués pour contester le plan avec succès.

11. Modification d'un plan après son approbation par les créanciers

66. Une loi sur l'insolvabilité peut ménager une possibilité limitée de modifier le plan après qu'il a été approuvé par les créanciers (aussi bien avant qu'après son homologation) si son exécution échoue ou s'il s'avère impossible à exécuter en partie ou en totalité et qu'il ne peut être remédié au problème particulier qui se pose. Parmi les lois sur l'insolvabilité qui autorisent la modification, certaines prévoient cette possibilité uniquement lorsque les modifications proposées sont dans l'intérêt bien compris des créanciers. D'autres lois prévoient que le plan peut être modifié si les circonstances le justifient et s'il continue, une fois modifié, de satisfaire aux conditions posées par la loi sur l'insolvabilité concernant, par exemple, son contenu, les classes de créanciers et la notification des créanciers. D'une manière générale, toute partie intéressée sera autorisée à proposer une modification du plan à tout moment. La seule limite temporelle qui peut être applicable concerne l'approbation de la modification par le tribunal. Pour qu'une telle approbation puisse être donnée, il faut que la procédure soit encore ouverte et que le tribunal demeure compétent. Si la procédure est close après l'approbation (et l'homologation du plan), il peut être suffisant que la modification proposée soit approuvée par les créanciers concernés, à moins qu'une autre exigence soit imposée.

67. Suivant la nature de la modification, l'approbation de toutes les classes de créanciers ne sera peut-être pas nécessaire, car elle peut dans certains cas être

difficile à obtenir. On peut envisager notamment comme autres solutions que des modifications mineures pourront être approuvées par le tribunal ou par les créanciers concernés; ou que les créanciers qui se sont prononcés pour le plan devront être avisés des modifications proposées et pourront élever des objections dans un certain délai, à défaut de quoi ils seront réputés les avoir acceptées. La même approche peut être adoptée à l'égard des créanciers qui n'ont pas approuvé le plan. Lorsque la modification proposée est importante, l'approbation de tous les créanciers pourra être nécessaire. Les lois sur l'insolvabilité qui exigent l'homologation du plan par le tribunal peuvent aussi exiger que les modifications satisfassent aux règles ou aux conditions applicables à cette homologation. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité détermine les conséquences de la désapprobation des modifications proposées. Celles-ci peuvent être similaires aux conséquences examinées plus haut dans les cas où le plan n'est pas approuvé par les créanciers ou est contesté avec succès, eu égard aux dispositions qui ont déjà été prises pour en assurer l'exécution et à la façon dont doivent être traités les versements déjà effectués, les contrats continués, etc.

68. Quelle que soit l'approche adoptée, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité exige que les créanciers qu'il y a lieu d'aviser (qu'il s'agisse de l'ensemble d'entre eux ou seulement de ceux qui sont concernés) reçoivent notification de toute modification proposée et spécifie la partie à qui il incombe d'adresser cette notification, mais exige également que soient divulguées des informations concernant l'échec du plan et la modification proposée.

12. Exécution d'un plan

69. De nombreux plans peuvent être exécutés par le débiteur sans intervention ou supervision de la part du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité, en particulier dans le cas d'un redressement sans dessaisissement du débiteur. Aucune intervention ou supervision ne serait généralement possible lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la clôture de la procédure lorsque le plan prend effet. Lorsque la loi prévoit la clôture de la procédure lorsque le plan a été entièrement exécuté, il peut parfois être nécessaire que l'exécution soit supervisée ou contrôlée par une personne indépendante. Plusieurs lois sur l'insolvabilité prévoient que le tribunal continue de superviser le débiteur après l'approbation du plan jusqu'à ce que celui-ci soit entièrement exécuté, ce qui peut être important lorsque se posent des questions notamment d'interprétation de l'exécution ou des obligations du débiteur. Dans certains États, le tribunal peut autoriser un superviseur ou un représentant de l'insolvabilité à continuer de surveiller les affaires du débiteur, à divers degrés, après l'approbation du plan. Une autre solution consiste à autoriser les créanciers à nommer un superviseur ou un représentant pour suivre l'exécution du plan.

13. Inexécution

70. Les lois sur l'insolvabilité prévoient plusieurs conséquences en cas de manquement du débiteur aux obligations que lui impose le plan ou d'inexécution de celui-ci pour une autre raison. Certaines lois prévoient que le tribunal peut résilier le plan et convertir la procédure de redressement en procédure de liquidation (voir plus loin). D'autres prévoient la résiliation uniquement en ce qui concerne l'obligation qui n'a pas été exécutée, le reste du plan demeurant valable. Le créancier objet du manquement ne sera pas lié par le plan et sa créance sera rétablie (s'il avait accepté que le montant en soit réduit dans le cadre du plan). Cela ne sera parfois le cas que si le débiteur a accumulé un arriéré important[2] dans l'exécution de ses obligations. Dans certains États, les conséquences d'une inexécution peuvent être énoncées dans le plan lui-même.

71. Une autre solution serait de considérer que la procédure d'insolvabilité a atteint son terme et d'autoriser les créanciers à exercer les autres voies de droit offertes par la loi. Comme on l'a déjà vu, cette solution ne résoudra probablement pas les difficultés financières du débiteur, suivant l'état d'exécution du plan au moment où celle-ci échoue, et pourrait aboutir à une course aux actifs que l'ouverture de la procédure collective était censée éviter. Dans certains cas, toutefois, il convient de permettre au tribunal de clore la procédure et d'autoriser les parties intéressées à exercer leurs droits légaux, par exemple lorsque les actifs restants sont tous grevés et que les créanciers chirographaires ne recevront rien. Dans certains cas et selon l'état d'exécution du plan, une solution de compromis serait de permettre aux créanciers de proposer un plan différent dans un délai donné, la conversion du redressement en liquidation n'intervenant que dans les cas où aucun plan acceptable n'a pu être élaboré dans ce délai. Il faut reconnaître la nécessité de concilier différents facteurs: le temps nécessaire pour négocier un plan; obtenir le meilleur résultat pour les créanciers; maximiser la valeur; et conduire rapidement la procédure.

14. Conversion en liquidation

72. Il sera souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité permette la conversion en liquidation dans un certain nombre de situations qui peuvent survenir au cours d'une procédure de redressement, principalement lorsqu'aucun plan de redressement n'a été proposé ou approuvé; que les modifications proposées qui sont nécessaires à l'exécution du plan n'ont pas été approuvées; que le plan n'a pas été homologué par le tribunal (si l'homologation est exigée); qu'un plan approuvé ou homologué a été contesté avec succès; qu'il a été décidé à la majorité des voix à une assemblée de créanciers de mettre fin à la procédure de

[2]Une loi définit cet arriéré comme le non-paiement par le débiteur de la créance exigible au moins deux semaines après que le créancier lui en a fait la demande.

redressement; que le débiteur a manqué gravement aux obligations découlant du plan; ou qu'il y a eu inexécution pour une autre raison. Certains de ces cas ne seront valables que dans les systèmes où le tribunal supervise l'exécution du plan et garde compétence sur le débiteur après son approbation.

73. Il peut également y avoir lieu d'envisager une telle conversion lorsqu'il est établi que l'entreprise n'a aucune chance raisonnable d'être redressée avec succès; lorsqu'il est évident que le débiteur abuse de la procédure de redressement, soit en ne coopérant pas avec le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal (par exemple, en faisant de la rétention d'informations), soit en étant de mauvaise foi (par exemple, en opérant des transferts frauduleux); ou encore lorsque l'entreprise continue d'accumuler des pertes pendant la période de redressement; ou que les dépenses afférentes à l'administration de la procédure ne sont pas payées. Afin de préserver la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers, certaines lois font obligation au représentant de l'insolvabilité de mettre fin à l'administration de la procédure de redressement dès qu'il est évident que le redressement ne sera pas possible. Prévoir dans une loi sur l'insolvabilité la conversion en liquidation rendra prévisible l'issue ultime de la procédure. Si la conversion en liquidation est subordonnée au dépôt d'une nouvelle demande d'ouverture plutôt que de se fonder sur la demande initiale, elle risque d'entraîner de nouveaux retards et une dépréciation supplémentaire des actifs. Il faudra donc peut-être examiner les règles de procédure applicables à l'ouverture et à la conduite de cette procédure de liquidation.

74. Lorsque la procédure de redressement est convertie en liquidation, une loi sur l'insolvabilité devra également considérer le statut de toutes mesures prises par le représentant de l'insolvabilité avant l'approbation du plan; le maintien de l'arrêt des poursuites, en particulier à l'égard des créanciers garantis lorsqu'elle prévoit une date limite calculée par rapport à l'ouverture de la procédure; le traitement des versements effectués en exécution du plan avant la conversion; et le traitement des créances des créanciers qui ont été modifiées dans le cadre du redressement. Il peut être nécessaire de protéger les versements effectués au cours du redressement de l'application des dispositions d'annulation. Les créances qui ont été réduites au cours du redressement peuvent être rétablies dans leur intégralité lors de toute liquidation ultérieure ou ne peuvent être recouvrées qu'à hauteur de ce montant réduit. Le plan de redressement peut également envisager l'hypothèse de son échec et spécifier les droits des créanciers en pareil cas. Une telle solution simplifie le traitement de ces créances et évite les questions potentiellement difficiles de loi applicable.

75. Lorsque la loi sur l'insolvabilité permet la conversion de la procédure, une question connexe est de savoir comment cette conversion peut être déclenchée: devrait-elle être automatique une fois que certaines conditions sont réunies ou une demande à cet effet devrait-elle être adressée au tribunal par le représentant de l'insolvabilité ou les autres parties intéressées? Le représentant de l'insolvabilité étant celui qui, après le débiteur ou les dirigeants de l'entreprise

débitrice, connaît le mieux cette dernière et sait souvent à un stade précoce de la procédure si elle est ou non viable, il peut jouer un rôle clef dans le déclenchement de la conversion. Il peut aussi être raisonnable de permettre aux créanciers ou à d'autres parties intéressées de demander au tribunal de convertir la procédure. On pourrait aussi habiliter le tribunal à prendre l'initiative de la conversion lorsque certaines conditions sont remplies.

Recommandations 139 à 159

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant le plan de redressement est:

a) De faciliter le sauvetage d'entreprises soumises à la loi sur l'insolvabilité et ainsi de préserver les emplois et, dans les cas appropriés, de protéger les investissements;

b) D'identifier les entreprises susceptibles de redressement;

c) De maximiser la valeur de la masse;

d) De faciliter la négociation et l'approbation d'un plan de redressement et de définir les effets de l'approbation de ce plan, notamment son caractère contraignant pour le débiteur, les créanciers et les autres parties intéressées;

e) De prévoir ce qu'il adviendra si aucun plan de redressement acceptable n'est proposé ou si un plan n'est pas approuvé, en envisageant notamment, dans certaines circonstances, la conversion de la procédure en liquidation; et

f) De pourvoir à l'exécution du plan de redressement et de prévoir ce qu'il adviendra si l'exécution échoue.

Contenu des dispositions législatives

Proposition d'un plan de redressement (par. 6 à 16)

139. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un plan peut être proposé au moment du dépôt, ou après le dépôt, d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou dans un délai déterminé après l'ouverture de cette procédure, auquel cas:

a) Le délai devrait être fixé par loi;

b) Le tribunal devrait être autorisé à proroger ce délai dans des circonstances appropriées.

140. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un plan peut être proposé au moment du dépôt, ou après le dépôt, d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou dans un délai déterminé après l'ouverture de cette procédure. Lorsqu'une procédure de liquidation est convertie en procédure de redressement, la loi devrait également indiquer l'impact de cette conversion sur les délais prévus pour proposer un plan.

Élaboration d'une note d'information (par. 23)

141. La loi sur l'insolvabilité devrait exiger qu'un plan soit accompagné d'une note d'information qui permette à ceux autorisés à se prononcer par un vote sur le plan de prendre une décision en connaissance de cause. La partie qui prépare le plan devrait également établir cette note.

Présentation du plan et de la note d'information (par. 23)

142. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme pour la présentation du plan et de la note d'information aux créanciers et aux actionnaires.

Contenu de la note d'information (par. 24 et 25)

143. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la note d'information contient notamment[3]:

a) Un résumé du plan;

b) Des renseignements sur la situation financière du débiteur, notamment son actif, son passif et ses flux de trésorerie;

c) Des renseignements non financiers qui pourraient avoir une incidence sur l'exécution future des obligations du débiteur;

d) Une comparaison du traitement accordé aux créanciers par le plan et de ce qu'ils recevraient normalement en cas de liquidation;

e) Un exposé des raisons pour lesquelles l'entreprise serait en mesure de poursuivre ses activités et pourrait être redressée avec succès;

f) Des renseignements montrant, en ce qui concerne les effets du plan, que des dispositions adéquates ont été prises pour que toutes les obligations prévues dans le plan soient satisfaites; et

g) Des renseignements sur les mécanismes de vote applicables à l'approbation du plan.

Contenu du plan (par. 18 à 22)

144. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments minimums d'un plan. Le plan devrait:

a) Identifier chaque classe de créanciers et indiquer le traitement prévu pour chacune (par exemple, combien elle recevra et quel sera le calendrier des paiements, le cas échéant);

b) Indiquer dans le détail le traitement accordé aux actionnaires;

c) Indiquer dans le détail ses stipulations;

d) Déterminer le rôle que jouera le débiteur dans son exécution;

e) Identifier les personnes qui seront chargées de la gestion future de l'entreprise du débiteur et de la supervision de l'exécution du plan et indiquer leurs liens avec le débiteur et leur rémunération; et

[3]Lorsqu'il n'élabore ni le plan ni la note, ou qu'il ne participe pas à leur élaboration, le représentant de l'insolvabilité devrait être tenu de présenter ses observations au sujet de ces deux documents. Les renseignements fournis dans la note d'information devraient être soumis aux obligations de confidentialité, examinées au chapitre III, recommandation 111 et par. 28, 52 et 115.

f) Indiquer ses modalités d'exécution.

Mécanismes de vote (par. 26 à 51)

145. La loi sur l'insolvabilité devrait établir, pour l'approbation du plan, un mécanisme de vote indiquant les créanciers et les actionnaires qui ont le droit de se prononcer sur le plan par un vote; les modalités de vote, à savoir lors d'une assemblée convoquée à cet effet ou par correspondance ou par d'autres moyens, notamment par voie électronique et par procuration; et si les créanciers et les actionnaires devraient ou non voter par classe en fonction de leurs droits respectifs.

146. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier ou un actionnaire dont les droits sont modifiés ou affectés par le plan ne devrait pas être lié par les stipulations de ce dernier sauf s'il lui a été donné la possibilité de voter sur le plan.

147. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le plan prévoit que les droits d'un créancier, d'un actionnaire ou d'une classe de créanciers ou d'actionnaires ne seront ni modifiés ni affectés par ses stipulations, ce créancier ou cet actionnaire ou cette classe de créanciers ou d'actionnaires ne sont pas habilités à voter sur le plan.

148. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers habilités à voter sur le plan devraient être rangés dans des classes séparées selon leur droits respectifs et que chaque classe devrait voter séparément.

149. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous les créanciers et les actionnaires d'une même classe devraient se voir offrir le même traitement.

Approbation par classe (par. 49 à 51, 54 et 55)

150. Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par classe, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque classe. Différentes solutions sont possibles: par exemple, exiger l'approbation par toutes les classes ou l'approbation par une majorité spécifiée de classes, à condition toutefois qu'au moins une classe de créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés approuve le plan.

151. Lorsque la loi sur l'insolvabilité n'exige pas l'approbation du plan par toutes les classes, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui ne votent pas en faveur du plan qui par ailleurs est approuvé par les classes requises. Ce traitement devrait être conforme aux conditions énoncées dans la recommandation 152.

Homologation d'un plan approuvé (par. 56, 60 à 63)

152. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;

b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

c) Le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi;

d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et

e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.

Contestation de l'approbation (lorsque aucune homologation n'est exigée) (par. 57 à 59)

153. Lorsqu'un plan devient contraignant après son approbation par les créanciers, sans qu'il doive être homologué par le tribunal, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, notamment au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier les critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) Le respect des conditions énoncées dans la recommandation 152; et

b) La fraude, auquel cas les dispositions de la recommandation 154 devraient s'appliquer.

Contestation d'un plan homologué (par. 65)

154. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la contestation d'un plan homologué pour fraude. Elle devrait spécifier:

a) Un délai pour introduire la contestation calculé à compter du moment où la fraude a été découverte;

b) La partie qui peut introduire une telle contestation; et prévoir

c) Que la contestation devrait être entendue par le tribunal.

Modification d'un plan (par. 52 et 66)

155. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre de modifier un plan et spécifier les parties qui peuvent proposer des modifications ainsi que le moment auquel le plan peut être modifié, notamment entre sa présentation et son approbation, entre son approbation et son homologation, après son homologation et pendant son exécution, lorsque la procédure reste ouverte.

Approbation des modifications (par. 67 et 68)

156. La loi sur l'insolvabilité devrait établir un mécanisme pour l'approbation des modifications du plan qui a été approuvé par les créanciers. Ce mécanisme devrait exiger l'envoi d'une notification aux créanciers et aux autres parties concernés par les modifications proposées; spécifier la partie qui doit envoyer la notification; exiger que les créanciers et les autres parties concernés par les modifications donnent leur approbation; et exiger que les règles prévues pour l'homologation (lorsque celle-ci est requise) soient

respectées. La loi devrait également spécifier les conséquences de la non-approbation des modifications proposées.

Supervision de l'exécution (par. 69)

157. La loi peut établir un mécanisme de supervision de l'exécution du plan, cette supervision pouvant être assurée notamment par le tribunal, par un superviseur nommé par le tribunal, par le représentant de l'insolvabilité ou par un superviseur nommé par les créanciers[4].

Conversion en liquidation (par. 72 à 75)

158. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le tribunal peut convertir la procédure de redressement en liquidation lorsque:

a) Aucun plan n'est proposé dans le délai spécifié par la loi et aucune prorogation de ce délai n'est accordée par le tribunal;

b) Le plan proposé n'est pas approuvé;

c) Le plan approuvé n'est pas homologué (si l'homologation est exigée par la loi sur l'insolvabilité);

d) Le plan approuvé ou homologué est contesté avec succès; ou

e) Le débiteur manque gravement aux stipulations du plan ou ce dernier ne peut pas être exécuté[5].

Inexécution d'un plan (par. 70 et 71)

159. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque le débiteur manque gravement aux stipulations du plan ou que ce dernier ne peut être exécuté, le tribunal peut clore la procédure judiciaire et les parties intéressées peuvent exercer leurs droits légaux.

B. Procédure de redressement accélérée[6]

1. Introduction

76. Comme on l'a vu dans la première partie du *Guide législatif*, un redressement peut être opéré de différentes manières, notamment au moyen de négociations volontaires de restructuration informelles (c'est-à-dire menées dans un cadre extrajudiciaire), dans lesquelles le tribunal intervient peu ou n'intervient pas du tout et qui dépendent essentiellement de l'accord des parties concernées, ou au moyen d'une procédure conduite conformément à la loi sur l'insolvabilité sous la supervision formelle d'un tribunal (appelée ici "procédure

[4]Lorsque la procédure concerne un débiteur non dessaisi ou lorsqu'elle prend fin après l'approbation du plan, il ne sera peut-être pas nécessaire de nommer un superviseur.

[5]La conversion n'est possible en l'espèce que lorsque la procédure reste ouverte pendant l'exécution du plan: voir chap. VI, par. 18 et 19.

[6]Cette procédure s'appuyant sur l'accord conclu dans le cadre de négociations volontaires de restructuration, la présente section devrait être lue en parallèle avec les paragraphes 2 à 18 du chapitre II de la première partie.

de redressement ordinaire”). Cette dernière procédure se caractérise généralement par la participation de tous les créanciers du débiteur et par l’élaboration d’un plan de redressement et son approbation par les créanciers et d’autres parties intéressées après son ouverture. Le redressement peut cependant s’opérer aussi dans le cadre d’une procédure ouverte pour donner effet à un plan négocié et convenu par les créanciers concernés lors de négociations volontaires de restructuration qui ont lieu avant l’ouverture de la procédure, lorsque la loi sur l’insolvabilité autorise le tribunal à accélérer la conduite de cette procédure (appelée dans la présente section “procédure de redressement accélérée”).

77. Il est souvent impossible de parvenir à un accord dans le cadre de négociations volontaires de restructuration du fait que les créanciers ont la possibilité d’exercer leurs droits individuellement et qu’il est nécessaire d’obtenir leur consentement unanime pour modifier les conditions de remboursement de certaines catégories de créances. Ce problème est aggravé dans le cas d’entreprises multinationales complexes, car il est alors particulièrement difficile d’obtenir le consentement de toutes les parties concernées. Pour offrir un cadre de négociation susceptible d’être accepté par tous les participants et pour contribuer au succès de ces négociations, INSOL International a publié des principes pour une approche globale des accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers (“Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts”). Ces principes ont pour but d’accélérer les négociations et d’accroître leurs chances de réussite en expliquant aux divers groupes de créanciers comment procéder sur la base de règles convenues d’un commun accord.

78. Les négociations volontaires de restructuration peuvent également se heurter à l’opposition d’une minorité de créanciers concernés qui, cherchant à tirer avantage de leur position afin d’obtenir de meilleures conditions pour eux-mêmes au détriment des autres parties, peuvent rejeter une solution qui servirait au mieux les intérêts de la plupart des créanciers (on parle alors souvent de créanciers “récalcitrants”). Dans ces cas, l’accord volontaire ne peut être exécuté que si les droits contractuels de ces créanciers opposants peuvent être modifiés sans leur consentement. Dans la plupart des systèmes juridiques existants, une telle modification des droits contractuels exige que soit ouverte une procédure de redressement ordinaire conformément à la loi sur l’insolvabilité, à laquelle participeront tous les créanciers et pour laquelle devront être respectées les dispositions de la loi régissant la conduite de cette procédure. Le temps est généralement un facteur capital dans le redressement d’une entreprise et les lenteurs (inhérentes à une procédure de redressement ordinaire) risquent souvent d’être coûteuses, voire de faire échec à l’élaboration d’une solution efficace.

79. Comme elles permettent d’éviter ces difficultés de même qu’une partie des dépenses, lenteurs et exigences procédurales et juridiques souvent liées aux

procédures de redressement ordinaires, les négociations volontaires de restructuration et les procédures de redressement accélérées représentent un moyen efficace et économique de résoudre les difficultés financières du débiteur, même si leur efficacité peut dépendre de certaines conditions préalables, qui sont examinées dans la première partie du *Guide* (voir chap. II, par. 2 à 18). Ces conditions peuvent notamment être les suivantes: sommes importantes dues à un nombre limité de grandes banques ou autres institutions financières; acceptation par les créanciers de l'idée qu'il peut être préférable de voir le débiteur et les prêteurs – mais aussi les prêteurs entre eux – négocier un accord afin de résoudre les difficultés financières du premier; perspective d'une solution plus avantageuse pour toutes les parties par la négociation que par le recours direct et immédiat à la loi sur l'insolvabilité (en partie parce que le résultat de la négociation dépend des parties prenantes et que le processus est moins onéreux et peut être mené à bien rapidement sans perturber l'activité de l'entreprise débitrice); et fait que le débiteur n'a pas besoin d'une remise de ses dettes commerciales ou des avantages d'une procédure judiciaire d'insolvabilité, tels que l'arrêt automatique des poursuites ou la possibilité de rejeter des dettes trop lourdes.

80. Bien que dépendantes de ces conditions, les négociations volontaires de restructuration et les procédures de redressement accélérées peuvent constituer des outils précieux parmi les différentes solutions auxquelles peuvent recourir les milieux d'affaires d'un pays en cas d'insolvabilité. Le recours à de telles solutions devrait être encouragé, non parce que le régime judiciaire de l'insolvabilité d'un pays est déficient, inefficace ou peu fiable mais plutôt en raison des avantages qu'elles peuvent offrir en tant que complément d'une procédure d'insolvabilité purement judiciaire assurant l'équité et la sécurité juridique. De plus, ces solutions marchent d'autant mieux qu'il est possible, si le processus de négociation ne peut être engagé ou se solde par un échec, de recourir rapidement et efficacement à la loi sur l'insolvabilité.

2. Créanciers participant généralement aux négociations volontaires de restructuration

81. Comme il est indiqué plus haut (voir première partie, chap. II, par. 14 à 16), il n'est pas toujours possible, voire nécessaire, de faire participer tous les créanciers à des négociations volontaires de restructuration. Participent généralement à ces négociations le débiteur et une ou plusieurs catégories de créanciers, tels que les prêteurs, les obligataires et les actionnaires. Interviennent souvent aussi de gros créanciers non institutionnels, généralement lorsque leur engagement dans l'entreprise du débiteur est si important qu'une restructuration effective est impossible sans leur participation. Ces types de créanciers trouvent souvent avantageux de participer à ces négociations car elles sont susceptibles de réduire les pertes qu'ils subiraient normalement dans le cadre d'une procédure de redressement ordinaire.

82. Du fait que peu de catégories de créanciers participent normalement à des négociations volontaires de restructuration, il est plus facile de parvenir à un accord que dans le cadre d'une procédure de redressement ordinaire, qui touche généralement toutes les créances. Puisque, dans le cas de négociations volontaires de restructuration, certains types de créanciers non institutionnels et autres, tels que les créanciers commerciaux, continuent habituellement à être payés dans le cours normal des affaires, ils ne s'opposeront probablement pas à la restructuration proposée et n'ont pas besoin de participer aux négociations. En revanche, si leurs droits doivent être modifiés par le plan, il faudrait soumettre les modifications proposées à leur approbation.

3. Procédure d'exécution d'un accord volontaire de restructuration

83. Une loi sur l'insolvabilité peut prévoir, dans ses dispositions régissant l'ouverture d'une procédure de redressement, des dispositions autorisant le tribunal à homologuer des accords volontaires de restructuration et à accélérer la procédure. Dans ce cas, il faudra envisager de préciser à quels débiteurs ces dispositions pourraient s'appliquer et quelles parties pourront être concernées par cette procédure accélérée.

a) Débiteurs pouvant bénéficier de la procédure

84. Il est souhaitable qu'une procédure accélérée puisse être ouverte à la demande d'un débiteur qui ne remplit pas encore les conditions requises par les dispositions générales de la loi sur l'insolvabilité pour l'ouverture d'une procédure de redressement, mais qui, d'une manière générale, ne sera probablement pas en mesure de payer ses dettes à leur échéance. Le fait d'inclure des dispositions dans une loi sur l'insolvabilité qui permettent à ce type de débiteur d'engager une procédure accélérée revient à reconnaître la nécessité de s'attaquer aux difficultés financières à un stade précoce et permet de tirer parti d'un accord volontaire de restructuration que la majorité des créanciers concernés a approuvé. En cas d'ouverture d'une procédure accélérée, les créanciers opposants bénéficieront des protections prévues par la loi sur l'insolvabilité. Les conditions généralement requises en matière de compétence pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité s'appliqueraient aussi (voir deuxième partie, chap. I, par. 12 à 18).

85. Une loi sur l'insolvabilité peut également prévoir qu'une procédure accélérée visant à faire homologuer un accord volontaire de restructuration peut être engagée par un débiteur qui satisfait déjà aux conditions qu'elle fixe pour l'ouverture d'une procédure ordinaire (voir deuxième partie, chap. I, par. 23 à 31 et recommandations 15 et 16). Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si le débiteur satisfait à des critères donnés concernant sa situation financière (par exemple, s'il est insolvable), il pourra être nécessaire de prévoir expressément que l'ouverture d'une procédure

accélérée satisfait à cette exigence. La loi peut aussi prévoir un moratoire qui permettra au débiteur de ne pas remplir ces critères (et d'échapper ainsi aux sanctions prévues en cas de manquement à l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité) et de prendre parallèlement des mesures pour résoudre ses difficultés financières.

b) Obligations visées

86. Comme indiqué plus haut, les négociations volontaires de restructuration portent généralement sur des emprunts, garantis ou non, contractés auprès d'institutions financières et du public et sur d'autres obligations financières similaires. Les créances garanties pourraient aussi être incluses dans de telles négociations avec l'accord des créanciers concernés. Les autres types de créances, telles que celles détenues par les créanciers commerciaux, les créanciers prioritaires comme les autorités fiscales, les organismes de sécurité sociale et les salariés, sont généralement exclues, parce qu'il est difficile d'obtenir les consentements nécessaires pour l'aménagement de leurs créances et qu'ils continueront d'être payés dans le cours normal des affaires. Toutefois, ces créanciers pourraient être inclus, si leurs droits devaient être modifiés au cours de la procédure de redressement et si l'approbation à la majorité requise peut être obtenue, à condition que soient respectées toutes les garanties applicables en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Les obligations particulières qui seront visées dans un cas d'espèce seraient celles spécifiées dans le plan devant être homologué par le tribunal dans le cadre de la procédure accélérée.

c) Application de la loi sur l'insolvabilité

87. Une loi sur l'insolvabilité permettant le recours à une procédure accélérée devra préciser lesquelles de ses dispositions régissant la procédure de redressement ordinaire s'appliqueront, et en particulier si leurs modalités d'application doivent être modifiées. Ainsi, par exemple, les dispositions régissant la procédure ordinaire qui s'appliqueraient généralement de la même manière à la procédure accélérée (sauf modification expresse) seraient notamment celles concernant les formalités de demande; l'ouverture de la procédure; la notification de l'ouverture (les dispositions pouvant être modifiées de sorte que seuls soient avisés les créanciers et les actionnaires concernés par le plan) et le contenu de la notification (qui devra peut-être comporter des informations sur la vérification des créances, la date et le lieu de l'audience du tribunal en vue de l'homologation du plan, les objections à l'homologation du plan et les incidences du plan sur les actionnaires); l'arrêt des poursuites; l'obligation d'établir une liste de tous les créanciers (pour l'information du tribunal, mais aussi pour que l'on sache avec certitude qui est inclus dans le plan et qui en est exclu); les conditions d'approbation du plan (y compris la communication du plan et d'informations complémentaires aux créanciers concernés, la détermination des classes de créanciers, les comités de créanciers et les critères et les majorités requis pour l'approbation); l'effet et

l'homologation du plan, y compris les conditions de traitement protégeant les intérêts des créanciers opposants; l'exécution du plan (y compris son échec) et la remise des dettes. Lorsque l'exécution d'un plan homologué dans le cadre d'une procédure accélérée échoue, il faudra prévoir dans la loi sur l'insolvabilité les conséquences de cet échec et, en particulier, si ces conséquences devraient être les mêmes qu'en cas d'échec d'un plan approuvé dans le cadre de la procédure judiciaire (voir plus haut, par. 70 à 75) et si les paiements déjà effectués en exécution du plan devraient faire l'objet d'une disposition spéciale.

88. Les dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui pourraient ne pas s'appliquer à une procédure accélérée ou qui pourraient être modifiées pour satisfaire aux objectifs de la procédure accélérée concerneraient notamment la nomination du représentant de l'insolvabilité, à moins que celle-ci ne soit expressément prévue dans le plan; la déclaration et la vérification des créances; l'obligation de notification aux créanciers non concernés; les délais pour l'approbation du plan (lorsque la loi sur l'insolvabilité comporte de telles dispositions); et le vote sur le plan (puisqu'il est intervenu avant l'ouverture). Une autre exception importante à l'application de la loi sur l'insolvabilité serait que, s'il peut être démontré que l'homologation du plan était probable, le tribunal pourrait autoriser que les créanciers non visés par le plan continuent d'être payés dans le cours normal des affaires.

i) Conditions requises pour présenter une demande

89. La demande d'ouverture d'une procédure accélérée devra sans doute être quelque peu différente d'une demande d'ouverture de procédure ordinaire afin de tenir compte des différences de contexte. Elle pourrait comporter, par exemple, le plan négocié et la note d'information; des renseignements concernant les négociations déjà menées (y compris la composition de tout comité des créanciers ayant pu être constitué pour faciliter ces négociations), l'invitation à voter adressée aux créanciers et le vote des classes de créanciers concernées avant l'ouverture de la procédure (montrant que les majorités spécifiées par la loi sur l'insolvabilité pour que le plan soit approuvé ont été obtenues dans les classes de créanciers concernées); des éléments de preuve montrant que les créanciers non concernés continueront d'être payés dans le cours normal des affaires et que leurs droits ne seront pas modifiés ou affectés par le plan; ainsi que les mesures de protection prévues dans le plan en faveur des créanciers opposants dans les classes qui auront accepté le plan. Une loi sur l'insolvabilité devrait peut-être également déterminer si la demande entraîne l'ouverture automatique de la procédure ou si elle devra être examinée par le tribunal; dans ce dernier cas, il est souhaitable que le délai d'examen soit le plus bref possible, en particulier parce que la demande est le fruit d'un accord négocié et que tout retard est préjudiciable non seulement à l'entreprise du débiteur, mais aussi à l'exécution du plan.

ii) Effets de l'ouverture

90. Si l'ouverture d'une procédure de redressement ordinaire touche généralement le débiteur et l'ensemble de ses créanciers (sauf si certaines classes sont expressément exclues du champ d'application de la loi sur l'insolvabilité), les effets de l'ouverture d'une procédure accélérée seront souvent limités au débiteur et aux créanciers et actionnaires ou classes de créanciers et d'actionnaires dont les droits seront modifiés ou affectés par le plan négocié. Dans certains cas, cependant, le tribunal peut décider que d'autres créanciers ou classes de créanciers devraient être visés par la procédure, par exemple, afin d'assurer la protection de la masse de l'insolvabilité.

iii) Inexécution

91. Ainsi qu'on l'a vu (voir plus haut, par. 70 et 71), les lois sur l'insolvabilité prévoient différentes conséquences en cas d'inexécution d'un plan approuvé par les créanciers et, lorsque cela est requis, homologué par le tribunal. Si les conséquences de l'inexécution d'un plan homologué par le tribunal dans le cadre d'une procédure accélérée devraient en principe être les mêmes que dans le cas d'une procédure ordinaire, la possibilité d'ouvrir une procédure accélérée avant que le débiteur ne satisfasse aux critères d'ouverture d'une procédure ordinaire laisse penser qu'il n'est peut-être pas indiqué de convertir la procédure en liquidation; il est probablement préférable que la loi sur l'insolvabilité autorise les créanciers à exercer leurs droits légaux.

d) Accélération de la procédure

92. Pour tirer pleinement parti du plan négocié et éviter les lenteurs qui risquent de rendre son exécution impossible, il faudra peut-être examiner dans la loi sur l'insolvabilité non seulement comment les mesures prises avant l'ouverture peuvent être reconnues comme indiqué plus haut, mais aussi comment la procédure accélérée peut être menée à bien plus rapidement qu'une procédure de redressement ordinaire. Par exemple, si un plan et d'autres documents remplissant les conditions de forme imposées par la loi ont été négociés et sont approuvés par une forte majorité, le tribunal pourra ordonner la tenue immédiate d'une assemblée ou d'une audience, selon le cas, ce qui constituerait un gain de temps et d'argent. Une dispense d'une partie de la procédure judiciaire pourra également être accordée. Par exemple, si un plan a été négocié et accepté par les créanciers d'une classe particulière – généralement les créanciers institutionnels – à une majorité suffisante pour satisfaire aux règles de vote énoncées dans la loi sur l'insolvabilité pour l'approbation d'un plan de redressement et s'il ne modifie ni n'affecte les droits des autres créanciers, le tribunal pourrait ordonner la tenue d'une assemblée ou d'une audience limitée à cette classe de créanciers. De même, si les classes de créanciers concernées ont été appelées à voter d'une manière conforme aux lois applicables en la matière (y compris aux règles de publicité prévues par les lois

applicables aux valeurs mobilières), une dispense par le tribunal des procédures d'appel à voter postérieures à l'ouverture devrait être possible.

93. Même si elle prévoit le traitement accéléré des affaires remplissant les conditions requises, il est hautement souhaitable que la loi sur l'insolvabilité n'accorde pas aux créanciers opposants et aux autres parties une protection inférieure à celle dont bénéficient ces mêmes parties dans une procédure de redressement ordinaire. Les règles procédurales applicables à la procédure de redressement accélérée devraient donc prévoir pour l'essentiel les mêmes garanties et les mêmes protections que celles applicables aux procédures de redressement ordinaires.

94. Il faudra peut-être modifier d'autres lois pour encourager ou permettre tant les négociations volontaires de restructuration que les procédures de redressement accélérées. Ainsi faudrait-il peut-être revoir les lois qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées pendant le déroulement des négociations volontaires de restructuration; celles qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de crédits accordés pendant cette période ou qui en font des obligations susceptibles d'annulation; et celles qui limitent la conversion de créances en prises de participation.

Recommandations 160 à 168

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant les procédures d'insolvabilité qui combinent des négociations volontaires de restructuration et l'acceptation d'un plan avec une procédure accélérée menée conformément à la loi sur l'insolvabilité en vue de l'homologation de ce plan par le tribunal est:

a) De reconnaître que les négociations volontaires de restructuration, qui supposent généralement une restructuration des dettes dues aux prêteurs et autres créanciers institutionnels, ainsi qu'aux gros créanciers non institutionnels lorsque leur participation est capitale pour cette restructuration, mais qui n'incluent pas toutes les catégories de créanciers, sont un instrument économique et efficace de sauvetage des entreprises en difficulté financière;

b) D'encourager et de faciliter le recours aux négociations informelles;

c) De mettre en place dans le cadre de la loi sur l'insolvabilité une procédure qui:

i) Préservera les avantages des négociations volontaires de restructuration lorsqu'une majorité dans chacune des classes de créanciers concernées souscrit à un plan;

ii) Réduira au minimum les retards et les dépenses et préservera le plan négocié et convenu dans le cadre des négociations volontaire de restructuration;

iii) Liera les membres minoritaires de chacune des classes de créanciers et d'actionnaires concernées qui n'acceptent pas le plan négocié;

iv) Suivra les mêmes règles de fond, à l'exception de délais plus courts, que les procédures de redressement régies par la loi sur l'insolvabilité, tout en offrant pour l'essentiel les mêmes garanties; et

d) De suspendre, en prévoyant les garanties voulues, les dispositions d'autres lois qui peuvent empêcher ou rendre difficile l'utilisation de mécanismes retardant le recours à la loi sur l'insolvabilité[7].

Contenu des dispositions législatives

Ouverture de la procédure de redressement accélérée (par. 84 et 85; chap. I, par. 12 à 18, et recommandations 10 à 12 sur la compétence)

160. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure accélérée peut être ouverte à la demande de tout débiteur:

a) Qui, d'une manière générale, n'est ou ne sera probablement pas en mesure de payer ses dettes à leur échéance;

b) Qui a négocié un plan de redressement et l'a fait accepter par chacune des classes de créanciers concernées; et

c) Qui satisfait aux conditions exigées par la loi en matière de compétence pour l'ouverture d'une procédure de redressement ordinaire.

161. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier en outre qu'une procédure accélérée peut être ouverte à la demande de tout débiteur si:

a) Son passif dépasse ou dépassera probablement son actif; et

b) Les conditions énoncées aux alinéas *b)* et *c)* de la recommandation 160 sont satisfaites.

Conditions requises pour présenter une demande (par. 89)

162. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la demande d'ouverture d'une procédure de redressement accélérée devrait être accompagnée des pièces supplémentaires suivantes:

a) Le plan de redressement et la note d'information;

b) Une description des négociations volontaires de restructuration qui ont précédé le dépôt de la demande, y compris les informations fournies aux créanciers concernés pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause sur le plan;

c) Une déclaration attestant que les créanciers non concernés sont payés dans le cours normal des affaires et que le plan ne modifie ni n'affecte leurs droits ou créances sans leur accord;

[7]Par exemple, les dispositions qui exigent l'unanimité pour l'approbation d'un aménagement de la dette en dehors d'une procédure d'insolvabilité, qui rendent les administrateurs responsables des opérations effectuées par le débiteur pendant le déroulement des négociations extrajudiciaires, qui ne reconnaissent pas les obligations découlant de crédits accordés pendant cette période et qui limitent la conversion des créances en prises de participation.

d) Un relevé des voix dans les classes de créanciers concernées démontrant que celles-ci ont accepté le plan à la majorité fixée pour chacune d'elle par la loi;

e) Une analyse financière ou d'autres éléments de preuve démontrant que le plan satisfait à toutes les conditions applicables au redressement; et

f) Une liste des membres de tout comité des créanciers constitué au cours des négociations volontaires de restructuration.

Ouverture

163. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la demande d'ouverture entraînera automatiquement l'ouverture de la procédure ou que le tribunal sera tenu de décider rapidement si le débiteur remplit les conditions prévues dans la recommandation 160 ou 161 et, dans l'affirmative, d'ouvrir la procédure.

Effets de l'ouverture (par. 90)

164. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que:

a) Ses dispositions applicables à la procédure de redressement ordinaire s'appliqueront également à la procédure accélérée, sauf s'il est spécifié qu'elles sont modifiées ou ne sont pas applicables[8];

b) Sauf décision contraire du tribunal, les effets de l'ouverture devraient se limiter au débiteur, aux créanciers et classes de créanciers et aux actionnaires dont les droits sont modifiés ou affectés par le plan;

c) Tout comité des créanciers constitué au cours des négociations volontaires de restructuration sera assimilé à un comité des créanciers constitué en application de la loi sur l'insolvabilité; et

d) Une audience aux fins de l'homologation du plan par le tribunal devrait avoir lieu le plus rapidement possible.

Notification de l'ouverture (par. 87; chap. I, par. 64 à 71, et recommandations 22 à 25)

165. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que l'ouverture d'une procédure accélérée doit être notifiée aux créanciers et actionnaires concernés. Cette notification devrait spécifier:

a) Le montant, selon le débiteur, de la créance de chacun des créanciers concernés;

b) Le délai dans lequel un créancier concerné qui conteste le montant indiqué par le débiteur doit déclarer sa créance d'un montant différent et où il peut la déclarer;

---

[8]Les dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui ne seraient pas applicables d'une manière générale ou qui pourraient être modifiées concerneraient notamment la déclaration de la totalité des créances; la notification et les délais pour l'approbation du plan; les mécanismes de communication du plan et de la note d'information aux créanciers et aux autres parties intéressées et d'appel à voter et de vote sur le plan après l'ouverture de la procédure; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité (en général cette nomination n'interviendra que si le plan l'exige); la modification du plan après son homologation. Une exception aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité régissant la procédure de redressement ordinaire serait que les créanciers non concernés par le plan seraient payés dans le cours normal des affaires pendant l'exécution dudit plan.

c) Le délai à respecter et la procédure à suivre pour contester les créances déclarées par d'autres parties;

d) La date et le lieu de l'audience d'homologation du plan et où et quand toute objection à l'encontre de l'homologation doit être déposée; et

e) Les conséquences du plan pour les actionnaires.

Homologation du plan (par. 60 à 63 et 88, et recommandation 152)

166. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal homologuera le plan:

a) Si celui-ci satisfait aux conditions de fond pour l'homologation d'un plan dans le cadre d'une procédure de redressement ordinaire, pour autant que ces conditions s'appliquent aux créanciers et actionnaires concernés;

b) Si la notification adressée et les informations communiquées aux créanciers et actionnaires concernés durant les négociations volontaires de restructuration étaient suffisantes pour leur permettre de se prononcer en connaissance de cause sur le plan et si toute demande d'acceptation du plan présentée avant l'ouverture était conforme à la loi applicable;

c) Si les créanciers non concernés sont payés dans le cours normal des affaires et si le plan ne modifie ni n'affecte leurs droits ou créances sans leur accord; et

d) Si l'analyse financière accompagnant la demande démontre que le plan satisfait à toutes les conditions applicables au redressement.

Effet d'un plan homologué (par. 64)

167. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le plan homologué par le tribunal ne devrait avoir d'effet que pour le débiteur et les créanciers et actionnaires concernés par ce plan.

Échec de l'exécution d'un plan homologué (par. 70, 71 et 91)

168. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque le débiteur manque gravement aux stipulations du plan ou que ce dernier ne peut être exécuté, le tribunal peut clore la procédure judiciaire et les parties intéressées exercer leurs droits légaux.

V. Administration de la procédure

A. Traitement des créances des créanciers

1. Introduction

1. Dans la procédure d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à deux niveaux – premièrement, pour déterminer quels créanciers peuvent voter dans le cadre de la procédure et selon quelles modalités (en fonction de la classe à laquelle ils appartiennent et de la valeur de leur créance, lorsque ce facteur est pertinent) et, deuxièmement, aux fins de la répartition. La formalité de déclaration et d'admission des créances est donc un élément important de la procédure d'insolvabilité. Il faudrait donc déterminer quels créanciers devraient être tenus de déclarer leurs créances et quels types de créances devraient être produites. Il pourrait s'agir, par exemple, de tous les droits à paiement nés d'actes ou d'omissions du débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient échus ou non échus, liquides ou non liquides, certains ou conditionnels. Il faudrait également définir les règles applicables à la déclaration, à la vérification et à l'admission des créances, les conséquences du défaut de déclaration et les voies de recours contre les décisions d'admission de créances. Une loi sur l'insolvabilité devrait également préciser l'effet de la déclaration et de l'admission de créances, car de là dépendra principalement la participation des créanciers. Par exemple, la déclaration d'une créance pourra donner à son détenteur le droit de participer à une première assemblée des créanciers, tandis que l'admission – du moins provisoire – sera indispensable pour lui permettre de voter sur différentes questions au cours de la procédure.

2. Déclaration des créances

a) Créanciers qui peuvent être tenus de déclarer leurs créances

2. C'est essentiellement au sujet des créanciers garantis que se pose la question de savoir si la déclaration de créances doit ou non être exigée, les créanciers chirographaires (qu'ils détiennent une créance conditionnelle ou liquide) étant eux généralement tenus de faire une déclaration (à moins, bien entendu, que la procédure prévoie un autre mécanisme de vérification et d'admission des créances n'exigeant pas que tous les créanciers déclarent leurs créances – point examiné ci-après).

3. Dans les lois sur l'insolvabilité qui n'incluent pas les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité et qui autorisent les créanciers garantis à réaliser librement leur sûreté réelle sur ces actifs, ces créanciers peuvent être dispensés de l'obligation de déclarer leur créance dans la mesure où celle-ci sera couverte

par la valeur de vente de l'actif grevé. Si cette valeur est inférieure au montant de la créance, le créancier garanti peut être tenu de déclarer une créance pour la fraction non garantie en tant que créancier chirographaire ordinaire. La valeur de la créance chirographaire dépend donc de la valeur de l'actif grevé, de la manière dont celle-ci est déterminée et du moment auquel elle est déterminée. En l'absence de règles d'évaluation claires, il existe un risque d'incertitude, en particulier pour ce qui est de la détermination des droits de vote lorsque ceux-ci sont calculés par référence à la valeur des créances[1].

4. Une autre approche exige des créanciers garantis qu'ils déclarent une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de leur sûreté réelle, qu'une partie de leur créance soit ou non chirographaire. Cette obligation ne vaut, dans certaines lois, que pour les détenteurs de certains types de sûreté réelle, tels que les charges flottantes, les actes de vente ou les hypothèques mobilières. Certaines des lois qui exigent que tous les créanciers garantis déclarent leurs créances prévoient des conséquences importantes pour ceux qui ne le font pas (point examiné ci-dessous). Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent aussi les créanciers garantis à remettre leur sûreté au représentant de l'insolvabilité et à déclarer une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de la sûreté[2].

5. L'obligation de déclaration imposée aux créanciers garantis a pour but de renseigner le représentant de l'insolvabilité sur l'existence de toutes les créances, sur l'étendue de la dette garantie et les actifs qui pourraient être grevés d'une sûreté réelle, ainsi que sur le montant total des dettes non encore payées. Quelle que soit la solution retenue, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des règles claires sur le traitement des créanciers garantis en matière de déclaration des créances. Il est important aussi, en particulier lorsqu'une loi sur l'insolvabilité prévoit que la formalité de déclaration peut avoir des incidences sur les sûretés d'un créancier garanti, que la notification de l'ouverture de la procédure contienne des informations concernant la déclaration, ou le défaut de déclaration, des créances garanties. Il est souhaitable, lorsque les créanciers garantis sont tenus de déclarer leur créance, que les formalités de déclaration et de vérification soient généralement les mêmes que pour les créanciers chirographaires.

b) Restrictions en ce qui concerne les créances pouvant être déclarées

6. Il est arrivé assez souvent dans le passé que des lois sur l'insolvabilité limitent le type de créances pouvant être déclarées, en excluant, par exemple,

---

[1]Pour l'évaluation des actifs grevés, voir chap. II, par. 66 à 68.

[2]La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (art. 14-3) et le Guide pour son incorporation (par. 111) notent que dans certains systèmes juridiques un créancier garanti qui produit une créance est réputé avoir renoncé à sa sûreté ou à certains des privilèges attachés à la créance, tandis que dans d'autres le défaut de déclaration aboutit au même résultat (voir annexe III).

les créances de dommages-intérêts non liquides. Plus récemment, toutefois, la définition des créances pouvant être déclarées s'est progressivement élargie aux créances indemnitaires contractuelles non liquides ainsi qu'aux créances conditionnelles. Une loi sur l'insolvabilité devra sans doute aussi aborder le traitement des créances non monétaires, telles que le droit à l'exécution d'une obligation (par exemple la remise d'un bien particulier) ou un prêt sans recours.

7. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions pour les créances exclues. Dans certaines, les créanciers concernés ne peuvent pas participer à la procédure et ne disposent d'aucun moyen pour recouvrer leur créance auprès du débiteur, celle-ci étant de fait éteinte. Dans d'autres, en revanche, les autres voies de recouvrement sont préservées et les créanciers peuvent tenter d'obtenir le remboursement de leur créance en dehors de la procédure d'insolvabilité. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité adopte une définition large des créances pouvant être déclarées et traitées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Il convient de noter toutefois que l'élargissement de cette définition risque de compliquer la procédure d'insolvabilité, en particulier lorsque ces créances doivent être évaluées en vue de permettre leur déclaration et leur admission, même à titre provisoire.

i) Créances nées après l'ouverture de la procédure

8. Le principe général est que seules peuvent être déclarées les créances nées avant l'ouverture de la procédure. Ce qu'il adviendra de celles qui sont nées après l'ouverture dépendra de la nature de la procédure et des dispositions de la loi sur l'insolvabilité - beaucoup d'entre elles prévoient que ces créances sont payables intégralement parce que considérées comme des dépenses afférentes à la procédure.

ii) Types de créances exclues

9. Pour diverses raisons d'ordre public, une loi sur l'insolvabilité peut chercher à exclure de la procédure d'insolvabilité certains types de créances, comme les créances fiscales étrangères, les amendes et pénalités, les créances liées à des dommages corporels, les créances liées à la négligence et les dettes de jeu. Certaines lois disposent que ces créances peuvent être déclarées, mais qu'elles peuvent faire l'objet d'un traitement spécial, par exemple prendre rang après les autres créances chirographaires. Il est hautement souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité précise les créances qui seront exclues de la procédure d'insolvabilité ou soumises à un traitement spécial (voir plus bas, par. 45 à 49).

a. Créances fiscales étrangères

10. Les créances fiscales étrangères sont actuellement exclues par de nombreux États, exclusion qui est généralement considérée comme non contraire au principe de l'égalité de traitement des créanciers étrangers et des

créanciers locaux. Il n'y a cependant aucune raison impérieuse empêchant un État d'admettre de telles créances s'il le souhaite. Lorsque les créances fiscales étrangères sont admises, elles peuvent être traitées de la même manière que les créances fiscales locales ou comme des créances chirographaires ordinaires. Ces différentes approches sont admises à l'article 13-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir annexe III), lequel prévoit que l'exclusion des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers ou l'octroi à ces créances du même rang de priorité que celui des créances non préférentielles non garanties ou d'un rang inférieur, si les créances locales équivalentes ont ce même rang inférieur, ne porte pas atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers étrangers et des créanciers locaux.

b. Créances résultant d'une activité illégale

11. Lorsque les dettes de jeu sont exclues, c'est généralement parce qu'elles résultent d'une activité elle-même illégale. Au lieu d'indiquer les divers exemples de créances pouvant être exclues parce qu'illégales, la loi sur l'insolvabilité pourrait exclure, en tant que catégorie générale, les créances qui découlent d'une activité illégale et sont, de ce fait, irrecouvrables.

c. Amendes et pénalités

12. Pour ce qui est des amendes et des pénalités, une loi sur l'insolvabilité pourrait établir une distinction entre celles qui ont un caractère strictement administratif ou punitif (par exemple, une amende infligée en cas d'infraction administrative ou pénale) et celles qui sont de nature compensatoire. On peut considérer que la première catégorie devrait être exclue parce qu'elle sanctionne un acte délictueux du débiteur dont les créanciers chirographaires ne devraient pas avoir à supporter les conséquences en voyant réduits les actifs disponibles à répartir. En revanche, il n'y a apparemment aucune raison impérieuse d'exclure la seconde catégorie, en particulier lorsqu'il s'agit de réparer un préjudice causé à une autre partie, sauf à faire valoir qu'une telle exclusion est un moyen d'accroître les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires. Une autre possibilité serait d'admettre les créances résultant d'amendes et de pénalités au motif qu'elles ne seraient autrement jamais payées.

c) Formalité de déclaration des créances

i) Délai de déclaration

13. Pour que les créances soient déclarées rapidement et que la procédure d'insolvabilité ne traîne pas inutilement, il est souhaitable d'adopter des règles souples, qui permettent aux créanciers de déclarer leurs créances non seulement par courrier postal, mais aussi par courrier électronique et d'autres moyens

appropriés. Des délais peuvent également être spécifiés. Il existe généralement trois possibilités dans ce domaine. Certaines lois sur l'insolvabilité précisent que les créances doivent être déclarées dans un certain délai après la date effective d'ouverture de la procédure ou après la survenue au cours de la procédure d'un autre événement spécifié. D'autres lois disposent que le délai doit être fixé par le tribunal ou par le représentant de l'insolvabilité mais dans une fourchette spécifiée par elles, pouvant aller de 10 jours à 3 mois après la survenue d'un événement spécifié, par exemple l'ouverture de la procédure. D'autres enfin ne prescrivent aucun délai de déclaration, laissant au représentant de l'insolvabilité le soin de fixer ce délai ou autorisant la déclaration de créances jusqu'à un moment spécifié de la procédure, par exemple la remise par le représentant de l'insolvabilité de son rapport et ses comptes finals. D'autres établissent différents délais en fonction de la méthode de notification de l'ouverture de la procédure; lorsque le créancier est connu et avisé personnellement de l'ouverture de la procédure, le délai peut être plus court que lorsque le créancier doit compter pour son information sur une notification publique.

14. Un facteur clef, dans la détermination de tout délai de déclaration, sera la formalité de vérification et d'admission des créances. Si cette formalité doit obligatoirement avoir lieu lors d'une audience du tribunal ou d'une assemblée des créanciers convoquée à cette fin, on peut s'attendre à moins de souplesse pour la date de déclaration, et les créances qui n'auront pas été déclarées à la date spécifiée avant cette assemblée ou audience exigeront la convocation d'une audience ou d'une assemblée spéciale. Lorsque la vérification et l'admission sont effectuées par le représentant de l'insolvabilité, une plus grande souplesse sera possible car le besoin de satisfaire aux conditions procédurales liées à la convocation d'assemblées de créanciers ou d'audiences du tribunal ne se pose pas.

15. Si les délais peuvent aider à ce que la déclaration des créances ne retarde pas inutilement la procédure, ils risquent néanmoins de pénaliser les créanciers étrangers qui, dans bien des cas, ne seront pas en mesure de s'y conformer comme les créanciers locaux. Afin d'assurer l'égalité de traitement des créanciers locaux et étrangers et de tenir compte de la tendance internationale à l'abolition de la discrimination fondée sur la nationalité du créancier, on pourrait adopter une solution qui, soit permettrait de déclarer les créances à tout moment avant la répartition ou un autre événement spécifié dans le cours de la procédure, soit consisterait à fixer un délai qui pourrait être prolongé ou levé lorsque le créancier ne peut, pour des raisons valables, le respecter ou lorsque le délai lui cause de sérieuses difficultés.

16. Lorsqu'un délai est fixé (que ce soit par la loi sur l'insolvabilité, le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité) et que la créance est déclarée tardivement et, de ce fait, entraîne des frais, ceux-ci pourraient être supportés par le créancier. Lorsque les créances peuvent être déclarées à un stade avancé

de la procédure, se pose alors la question de savoir si des répartitions provisoires peuvent être faites avant que toutes les créances aient été déclarées et, dans l'affirmative, si les créanciers qui déclarent leurs créances après qu'une répartition a été effectuée peuvent néanmoins y participer. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que dans ce cas un créancier ne peut participer qu'à des répartitions intervenant après déclaration de sa créance, tandis que d'autres exigent que le représentant de l'insolvabilité constitue une provision au moment de la répartition pour les créanciers qui n'ont pas encore déclaré leurs créances.

ii) Charge de la déclaration et de la justification des créances

17. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, c'est aux créanciers qu'il appartient de déclarer et de justifier leurs créances. Ils sont généralement tenus de produire des preuves, dans certains cas en soumettant un formulaire standard accompagné de justificatifs indiquant le montant de la créance, la cause de celle-ci, ainsi que toute priorité ou sûreté réelle qu'ils peuvent revendiquer. Dans de nombreuses lois, le représentant de l'insolvabilité est autorisé à demander aux créanciers des informations ou des documents supplémentaires pour prouver leur créance; certaines lois permettent aussi le rejet de créances qui n'ont pas été dûment justifiées. Dans certains pays, l'admission peut être facilitée par l'obligation de produire les créances sous forme d'une déclaration, par exemple sous serment, qui exposerait son auteur à des sanctions en cas de fraude; les formalités à accomplir pour de telles déclarations, dans certains pays, ont conduit à l'abandon de cette pratique.

18. Afin d'accéder les choses, un certain nombre de lois sur l'insolvabilité autorisent, dans des cas bien définis, l'admission de créances sans que les créanciers aient à justifier celles-ci formellement, par exemple lorsque le représentant de l'insolvabilité peut, à partir des livres et registres du débiteur, déterminer quels créanciers il doit payer et quel est le montant de la dette. Bien que dans de nombreuses procédures d'insolvabilité les livres et registres du débiteur ne soient peut-être pas entièrement fiables, cette méthode a l'avantage de réduire les formalités liées à la vérification et à l'admission des créances et peut être appropriée lorsque les créances ne sont pas contestées par le débiteur ou d'autres créanciers (point examiné plus avant).

19. On peut faciliter cette approche par l'établissement, à un stade précoce de la procédure, d'une liste des créanciers et des créances. L'établissement de cette liste par le débiteur présente l'avantage que celui-ci connaît ses créanciers et leurs créances et permet au représentant de l'insolvabilité d'avoir rapidement une idée de l'état financier de l'entreprise. Une autre solution pourrait être d'exiger du représentant de l'insolvabilité qu'il aide le débiteur à établir cette liste ou qu'il l'établisse lui-même. Bien que cette dernière formule puisse réduire les formalités liées à la vérification des créances, elle risque d'alourdir les dépenses et d'entraîner des retards, car elle suppose que le représentant de l'insolvabilité obtienne du débiteur des informations exactes et pertinentes. Une

fois la liste établie, elle pourrait servir à déterminer quelles créances pourraient être admises sans preuve formelle et quels créanciers devraient être invités à déclarer leurs créances au représentant de l'insolvabilité aux fins de vérification, mais aussi à s'assurer que tous les créanciers concernés ont bien été pris en compte. La liste pourrait également être révisée et actualisée progressivement de manière à donner non seulement une idée précise du niveau d'endettement du débiteur, mais aussi de l'état d'avancement de la vérification et de l'admission des créances.

20. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité traite la question des fausses créances et prévoie des sanctions appropriées pour les créanciers et autres personnes qui présentent des créances qui se révèlent fausses.

iii) Formalités de déclaration des créances étrangères

21. Une question particulièrement importante pour les créanciers étrangers est celle de savoir si la créance doit être présentée dans la langue du pays dans lequel a été ouverte la procédure d'insolvabilité et si elle doit être soumise à certaines formalités, telles que la légalisation. Afin de faciliter l'accès de ces créanciers à la procédure, il est souhaitable d'examiner si ces formalités sont essentielles ou si elles peuvent être levées, comme dans le cas d'autres formalités dont il est question à propos de l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir annexe III)[3]. Il est par ailleurs souhaitable que les créances étrangères soient soumises aux mêmes formalités de vérification et d'admission que les créances locales.

iv) Conversion des créances en monnaie étrangère

22. Lorsque le débiteur a des activités commerciales dans différents pays, les créanciers peuvent avoir des créances libellées dans des monnaies autres que celle du pays où se déroule la procédure d'insolvabilité. Aux fins de la vérification et de la répartition, ces créances sont normalement converties dans la monnaie nationale, bien qu'il puisse y avoir des cas dans lesquels une telle conversion n'est pas nécessaire. La date de conversion pourra avoir été convenue dans le contrat entre le débiteur et le créancier, ou peut être fixée dans la loi sur l'insolvabilité par référence à une date déterminée, telle que la date effective de l'ouverture ou un autre moment de la procédure. Lorsqu'il y a un décalage entre la date de la conversion et celle de la répartition (qui pourrait intervenir sensiblement plus tard), toute dépréciation ou appréciation de la monnaie aura une incidence sur le montant de la créance. Lorsque la monnaie est relativement stable, cette fluctuation sera sans grandes conséquences. En période de forte instabilité ou fluctuation monétaire, en revanche, elle peut avoir pour effet de désavantager ou d'avantager considérablement un créancier par

[3]Voir aussi le Règlement (CE) n° 1346/2000, art. 40 et 41, concernant les informations à fournir aux créanciers.

rapport à d'autres. Dans ces conditions, une loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir qu'une conversion provisoire est faite à la date effective de l'ouverture de la procédure aux fins du vote et que, lorsque le taux de change fluctue au-delà d'un certain pourcentage (spécifié dans la loi sur l'insolvabilité) pendant la période précédant la répartition, la conversion sera faite au moment de la répartition ou un ajustement approprié pourra être apporté au calcul précédent.

v) Partie autorisée à recevoir les déclarations de créances

23. Pour ce qui est de la question de savoir à qui les créances devraient être déclarées, les lois sur l'insolvabilité adoptent généralement deux approches différentes. Certaines exigent que les créances soient déclarées au tribunal, d'autres au représentant de l'insolvabilité, la différence tenant généralement au processus de vérification et aux rôles respectifs du tribunal et du représentant de l'insolvabilité. Lorsque ce dernier est responsable de la vérification et de l'admission des créances, les créanciers auraient en général le droit de saisir le tribunal en cas de contestation de la valeur ou du rang de priorité attribués à des créances admises ou de rejet d'une créance.

d) Défaut de déclaration

i) Défaut de déclaration dans le délai spécifié

24. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions pour les créances soumises à déclaration qui ne sont pas déclarées dans un délai spécifié. Certaines font preuve de souplesse en prévoyant que, nonobstant l'application d'un délai, les créances peuvent être déclarées à tout moment jusqu'à ce que, par exemple, le représentant de l'insolvabilité ait présenté son rapport et ses comptes finals en cas de liquidation; le créancier doit toutefois dans ce cas assumer les dépenses supplémentaires qu'entraîne une déclaration tardive. L'une des conséquences possibles d'une telle déclaration tardive est que le créancier ne puisse pas participer aux répartitions provisoires intervenant avant la déclaration (ou l'admission) de la créance, encore que, comme on l'a noté plus haut, certaines lois autorisent le créancier à percevoir, une fois la créance admise, les dividendes provisoires décidés antérieurement. Une autre conséquence est la déchéance du droit de vote aux assemblées de créanciers lorsque la déclaration d'une créance est une condition préalable à la participation.

25. Une autre approche consiste à exiger le strict respect des délais de déclaration, le défaut de déclaration pouvant, dans certaines lois, entraîner l'extinction de la créance ou l'annulation ou la perte des sûretés réelles, à condition que le créancier ait été avisé comme il est prescrit de l'ouverture de la procédure et de l'obligation de déclarer sa créance. Dans d'autres lois, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans les délais doit s'adresser au

tribunal pour qu'elle soit admise. Lorsque le tribunal admet la créance, le créancier peut ne participer qu'aux dividendes futurs.

26. Si les créanciers devraient se voir accorder le maximum de possibilités pour déclarer leurs créances dans la procédure d'insolvabilité et, pour cela, être avertis à temps et de manière appropriée de l'ouverture de la procédure et de l'obligation de déclarer, il ne faudrait pas que la procédure soit retardée par des créanciers qui, tout en ayant connaissance de cette obligation et du délai applicable, ne respectent pas ce dernier, un retard risquant en effet d'accroître les dépenses liées à la procédure et de pénaliser les autres créanciers. Les conséquences du défaut de déclaration devraient donc être clairement définies et les créanciers devraient en être informés au moment où ils sont avisés des délais à respecter pour la déclaration.

ii) Défaut de déclaration avant la fin de la procédure

27. Le défaut de déclaration d'une créance avant la présentation du rapport et des comptes finals peut aboutir à des résultats différents en fonction d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité. Par exemple, certaines des lois qui prévoient la décharge du débiteur à la fin de la procédure d'insolvabilité prévoient également l'extinction des créances non déclarées dans la procédure d'insolvabilité.

3. Vérification et admission des créances

a) Liste des créances déclarées

28. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, selon que les déclarations doivent être adressées à l'un ou à l'autre, est tenu d'établir une liste des créances déclarées, soit après l'expiration du délai de déclaration, soit de façon continue lorsqu'il n'y a pas de délai ou que la date limite intervient plus tard dans la procédure. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige l'établissement d'une liste des créanciers, ainsi qu'il a été dit plus haut (voir chap. III, par. 23 et 49), la liste des créances actualiserait cette liste antérieure des créanciers et servirait de base pour la vérification et l'admission des créances ainsi que pour la notification de la réception, de l'admission ou du rejet de créances, suivant la procédure d'admission applicable. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que tous les créanciers identifiés et identifiables doivent recevoir notification de toutes les créances qui ont été produites, personnellement, par voie de publication dans des revues ou journaux commerciaux appropriés, ou par dépôt d'une liste au tribunal. Cette notification permettra aux créanciers, au débiteur et aux parties intéressées de voir quelles créances ont été déclarées et de contester toute créance figurant sur la liste (lorsque la loi sur l'insolvabilité l'autorise).

b) Formalités de vérification et d'admission

29. La vérification consiste non seulement à apprécier la légitimité de la créance et son montant, mais aussi à déterminer à quelle classe elle appartient aux fins du vote et de la répartition (créances garanties ou non, créances prioritaires, etc.).

i) Délai de vérification et d'admission

30. Outre qu'elles fixent des délais de déclaration, un certain nombre de lois sur l'insolvabilité imposent des délais pour la vérification et l'admission des créances, exigeant qu'une décision soit communiquée aux créanciers à brève échéance, par exemple 30 jours après l'expiration du délai de déclaration. D'autres lois ne prévoient pas de délai. La décision d'imposer ou non des délais dans une loi sur l'insolvabilité dépendra principalement de la formalité de vérification ainsi que des modalités d'admission, à savoir si celle-ci doit être effectuée par le tribunal ou les créanciers, ou bien par le représentant de l'insolvabilité. Dans le premier cas, l'admission a généralement lieu durant une audience ou une assemblée, sous réserve que le tribunal règle les litiges résultant des contestations des créances. Pour des raisons de transparence et de sécurité juridique, et pour assurer le bon déroulement de la procédure sans retard excessif, il est souhaitable que la décision d'admission ou de rejet soit prise rapidement, en particulier lorsque l'admission déterminera la participation à la procédure et les droits de vote. Toutefois, comme c'est généralement le cas lorsque l'on examine l'opportunité de fixer un délai, et indépendamment de la méthode retenue pour la vérification et l'admission, il faudra tenir compte à la fois des avantages d'un tel délai, des risques de rigidité qui peuvent en découler et de la nécessité de veiller au respect de ce délai.

ii) Formalité d'admission

31. Les lois sur l'insolvabilité adoptent diverses solutions pour l'admission des créances, qui comportent différents degrés de complexité et niveaux d'intervention du tribunal, du représentant de l'insolvabilité et des créanciers, avec dans certains cas une contribution des trois à des moments différents. Si l'on y ajoute les droits de recours et les difficultés liées au traitement des types de créances pour lesquelles une évaluation est nécessaire, la complexité du processus risque de perturber fortement la conduite de la procédure et d'entraîner un retard qui se répercutera sur les autres étapes. Pour ces raisons, il est hautement souhaitable que les formalités soient limitées au minimum et que la prise de décision soit aussi simplifiée que possible.

a. Admission par le représentant de l'insolvabilité

32. Comme il a été indiqué plus haut (par. 23), les lois sur l'insolvabilité exigent généralement que les créances soient déclarées au représentant de

l'insolvabilité ou au tribunal. Nombre de lois prévoient que, lorsque les créances doivent être déclarées au représentant de l'insolvabilité, c'est à celui-ci qu'il appartient de les vérifier et de décider si elles doivent ou non être admises, dans leur intégralité ou en partie, ou si elles exigent un traitement spécial, par exemple dans le cas des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Le créancier sera avisé de la décision du représentant de l'insolvabilité et, lorsque la créance est rejetée, n'est admise que partiellement ou est soumise à un traitement spécial, le représentant de l'insolvabilité est généralement tenu de motiver (souvent par écrit) sa décision. Cette dernière exigence augmentera la transparence de la procédure mais aussi probablement sa prévisibilité pour les créanciers et facilitera l'examen des recours par le tribunal, lorsque la décision du représentant de l'insolvabilité est contestée. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent également, comme cela a déjà été indiqué, que les décisions du représentant de l'insolvabilité concernant l'admission des créances soient régulièrement consignées sur la liste des créances déposée auprès du tribunal ou rendues publiques de quelque autre manière de façon à faciliter leur examen par les autres créanciers et par le débiteur. Plusieurs lois prévoient que lorsque, après avoir dûment informé les créanciers, le représentant de l'insolvabilité ne reçoit aucune objection à l'encontre d'une créance qu'il propose d'admettre, celle-ci est réputée admise.

33. Dans d'autres lois sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité est tenu de réunir les créanciers pour examiner les créances déclarées à partir de la liste qu'il a établie et qu'il leur a communiquée. Doivent parfois être consignées sur cette liste ses recommandations concernant l'admission, la valeur et le rang de priorité des diverses créances. Lorsqu'il n'est fait, à cette assemblée, aucune objection à l'admission des créances, les lois sur l'insolvabilité qui adoptent cette approche disposent le plus souvent que les recommandations du représentant de l'insolvabilité sont réputées approuvées ou les créances réputées admises.

b. Admission par le tribunal

34. Lorsque les créances doivent être déclarées au tribunal, celui-ci convoquera généralement l'assemblée ou l'audience à laquelle les créances seront examinées et une décision prise quant à leur admission. Un certain nombre de lois exigent que les créances soient déclarées dans un nombre de jours déterminé avant la date fixée pour l'assemblée ou l'audience et qu'une liste de créances provisoirement admises, établie par le tribunal ou par le représentant de l'insolvabilité, soit communiquée à tous les créanciers avant l'audience ou l'assemblée. Lorsqu'il n'est fait, à cette assemblée ou audience, aucune objection à l'admission des créances figurant sur la liste, ces créances sont généralement réputées admises.

c. Exigence de la présence des créanciers

35. Un point pouvant poser problème pour les créanciers, en particulier les créanciers étrangers, tient à l'obligation qui leur est faite, dans certaines lois sur l'insolvabilité, d'assister en personne aux assemblées de créanciers convoquées pour examiner les créances en vue de leur admission. Cette condition risque de porter atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers se trouvant dans la même situation et d'entraîner des retards. S'il importe dans certains cas que les créanciers soient présents, en règle générale, les créances peuvent être admises sur la base de justificatifs. Il est donc souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité n'exige pas dans tous les cas que les créanciers se présentent en personne pour que leurs créances soient admises, mais qu'elles puissent d'une manière générale être admises sur la base de justificatifs.

iii) Admission automatique des créances

36. Afin de limiter les formalités de vérification et d'admission des créances, une solution autre que celles exposées ci-dessus serait de prévoir que les créances non réglées au moment de l'ouverture de la procédure seront admises automatiquement sans vérification, à moins qu'elles ne soient contestées. Cette approche nécessitera un mécanisme permettant de déterminer l'existence, la valeur et le rang de priorité des créances. Bien que cela ne suffise pas nécessairement dans tous les cas, pour des raisons de fiabilité et d'exhaustivité, il peut être indiqué, dans un premier temps, de se fier aux livres et registres du débiteur et à la liste des créanciers à établir dans le cadre de la procédure afin de recenser toutes les créances non réglées et leur attribuer une valeur fictive. Lorsque ces créances ne sont pas contestées, elles peuvent être admises sans que les créanciers aient à les justifier de façon formelle. Ce mode d'admission automatique des créances peut éviter bon nombre des difficultés liées à la nécessité d'une évaluation précise de la situation dès le début de la procédure afin de permettre aux créanciers de participer aux assemblées tenues à un stade précoce et d'y voter.

iv) Admission provisoire des créances

37. On distingue deux types de créances: les créances liquides et les créances non liquides – à savoir dont le montant n'a pas été déterminé au moment de la déclaration ou ne peut l'être à ce stade (par exemple parce qu'elles font l'objet d'une action en justice qui n'est pas terminée au moment de l'ouverture et qui peut être soumise à l'arrêt des poursuites). Ces créances peuvent avoir un caractère contractuel ou non contractuel et peuvent ou non être garanties. Elles peuvent aussi être conditionnelles, éventuelles ou non échues au moment de l'ouverture de la procédure (ces dernières feront généralement l'objet d'une déduction correspondant au laps de temps qui reste à courir avant l'échéance).

38. Lorsque le montant de la créance ne peut être déterminé, ou ne l'a pas été, au moment de la déclaration, de nombreuses lois sur l'insolvabilité autorisent l'admission provisoire de la créance, sous réserve que lui soit attribuée une valeur fictive. La détermination de la valeur d'une telle créance soulève un certain nombre de questions, par exemple, celles de savoir à quelle date la valeur doit être déterminée et si elle doit être liquide (auquel cas elle devra être examinée par un tribunal) ou estimative (auquel cas le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou quelque autre personne désignée à cet effet pourrait se charger de la déterminer). Lorsqu'un tribunal est tenu de trancher, une question connexe est de savoir quel tribunal sera compétent (le tribunal de l'insolvabilité ou autre) et quel effet tout retard dans la décision aura sur la conduite de la procédure d'insolvabilité. La question de l'évaluation des créances non liquides peut avoir un impact important sur la procédure d'insolvabilité lorsqu'il s'agit, par exemple, de créances indemnitaires découlant d'actions collectives en responsabilité civile. Pour ce qui est du moment de l'évaluation, de nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que ce soit la date effective de l'ouverture de la procédure. Des règles spéciales peuvent être nécessaires en cas de conversion d'une forme de procédure dans une autre.

39. Une raison importante d'autoriser l'admission provisoire est de permettre aux créanciers détenant ce type de créances de participer à la procédure et, en particulier, de voter sur des questions clefs, telles que l'approbation du plan de redressement ou d'autres points exigeant une décision de leur part.

40. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'admission provisoire de créances, il faudra sans doute déterminer si celles-ci seront, dès le départ, soumises aux mêmes formalités que les autres créances. Par exemple, lorsque l'admission nécessite une audience du tribunal ou la convocation d'une assemblée des créanciers, les créances susceptibles d'être provisoirement admises pourraient être soumises à cette formalité, ou pourraient d'abord être admises par le représentant de l'insolvabilité, sans préjudice du droit d'une partie opposante de les contester, puis être soumises à une formalité d'approbation à un stade ultérieur. Il faut aussi se demander si, lorsque des créanciers dont les créances ont été admises provisoirement votent effectivement sur un plan de redressement, ils peuvent, en tant que créanciers minoritaires, être liés par un plan auquel ils n'ont pas consenti; si les créanciers détenant des créances provisoirement admises ont le droit de participer aux répartitions survenant avant que leurs créances aient été entièrement admises; et, dans le cas où une créance admise provisoirement est ensuite rejetée ou n'est admise que partiellement, quel sera l'effet de ce rejet ou de cette admission partielle sur les décisions auxquelles le créancier concerné aura participé. L'admission provisoire d'une créance conférera généralement au créancier le droit de participer à la procédure au même titre que les autres créanciers, à ceci près qu'il ne pourra peut-être pas participer aux répartitions tant que le montant de la créance n'aura pas été définitivement fixé et la créance admise. Lorsque la

créance n'est finalement pas pleinement admise et que le créancier a voté dans le cadre de la procédure, son vote peut n'être pris en compte que proportionnellement au montant admis.

c) Créances contestées

41. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise la contestation d'une créance déclarée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité – que la contestation porte sur le montant, le rang de priorité ou le fait générateur –, il est souhaitable qu'elle précise aussi quelles parties sont admises à contester. Dans certaines lois, seul le représentant de l'insolvabilité est habilité à contester les créances tandis que, dans d'autres lois, les parties intéressées, y compris les autres créanciers et le débiteur, sont autorisées à le faire. En fonction des modalités de déclaration et d'admission des créances, la contestation peut s'effectuer auprès du représentant de l'insolvabilité, devant le tribunal ou encore lors de l'audience du tribunal ou de l'assemblée des créanciers tenue pour examiner les créances. Lorsqu'une telle assemblée ou audience a lieu, l'établissement d'une liste provisoire des créances admises, que ce soit par le tribunal ou par le représentant de l'insolvabilité, et la communication de cette liste à tous les créanciers avant l'audience ou l'assemblée faciliteront l'examen des créances. Lorsque des créances sont contestées dans la procédure d'insolvabilité, un mécanisme de règlement rapide du litige est essentiel au bon déroulement de la procédure. L'admission provisoire d'une telle créance, dans l'attente du règlement du litige, permettra d'interrompre le moins possible la procédure et ainsi que le processus de vérification et d'admission des créances. En l'absence d'un tel mécanisme, la faculté de contester les créances risquerait d'être utilisée pour entraver la procédure ou la retarder indûment. Dans la plupart des lois sur l'insolvabilité, le litige doit être tranché par le tribunal de sorte que la décision soit définitive.

42. Lorsque des créances déclarées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité font l'objet d'un litige en dehors de cette procédure, elles peuvent généralement entrer dans l'une des catégories de créances susceptibles d'être provisoirement admises dans le cadre de la procédure, en fonction de leur nature et en attendant le règlement de ce litige (sous réserve de l'arrêt des poursuites – voir chap. II, par. 30 à 34 et 60 à 62).

d) Effets de l'admission d'une créance

43. L'admission d'une créance de créancier donne le droit au créancier d'assister aux assemblées et établit le montant pour lequel il sera habilité à voter à ces assemblées, que ce soit pour l'élection d'un représentant de l'insolvabilité, l'approbation d'un plan de redressement ou une autre question spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité. Elle déterminera également le montant et le rang de priorité de la créance dont le représentant de l'insolvabilité devra tenir compte lors de la répartition du produit de la masse entre les créanciers.

*e) Compensation (*set-off*) de créances réciproques*

44. Comme il est noté plus haut (chap. II, par. 204 à 207), un certain nombre de lois sur l'insolvabilité prévoient la compensation (*set-off*) dans la procédure d'insolvabilité d'obligations monétaires réciproques entre le débiteur et les créanciers sous certaines conditions, par exemple: que les créances existent et soient exigibles à la date effective de l'ouverture de la procédure; que le créancier ait acquis la créance sans fraude ou n'ait pas eu connaissance de la situation financière de son débiteur; qu'il n'ait pas acquis la créance pendant la période suspecte; qu'il ait déclaré au représentant de l'insolvabilité son intention de solliciter une compensation réciproque; et que les créances soient liées. Quelques très rares lois prévoient une compensation réciproque obligatoire en cas d'insolvabilité, tandis que plusieurs autres n'autorisent pas une telle compensation au motif qu'elle viole le principe *pari passu*. Lorsque la compensation réciproque est autorisée, elle sera généralement prise en compte par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal lors de la vérification et de l'admission des créances.

f) Créances appelant un traitement spécial

i) Créances afférentes à l'administration de la procédure

45. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut (chap. III, par. 31, 66 et 112), la procédure d'insolvabilité nécessite, dans bien des cas, l'assistance de professionnels, tels que le représentant de l'insolvabilité et les conseillers du débiteur ou du représentant de l'insolvabilité. Des dépenses peuvent être encourues par les comités de créanciers aux fins de l'exploitation de l'entreprise du débiteur, notamment pour le règlement d'un grand nombre, voire de la totalité, des créances nées après l'ouverture de la procédure, comme les créances salariales, les loyers et des créances analogues, et pour d'autres activités liées à la conduite de la procédure.

46. S'il est certes important de garantir la rémunération de ceux qui participent à la conduite de la procédure d'insolvabilité, les dépenses afférentes à l'administration de cette dernière peuvent avoir un impact considérable sur la valeur de la masse de l'insolvabilité. Cet impact dépendra bien sûr, dans une certaine mesure, de la conception de la loi et des dispositifs mis en place pour son application; il sera néanmoins souhaitable de chercher les moyens de le réduire. Une loi sur l'insolvabilité pourra énoncer, par exemple, des critères précis, quoique souples, concernant ces dépenses. On pourrait notamment baser l'engagement de telles dépenses sur leur utilité pour l'augmentation de la valeur de la masse dans l'intérêt général, ou sur le fait qu'elles sont non seulement raisonnables et nécessaires, mais aussi compatibles avec les objectifs essentiels de la procédure. Le caractère raisonnable des dépenses pourra être apprécié au regard des ressources disponibles pour la procédure et de l'effet que les dépenses pourraient avoir sur celle-ci.

47. Différentes approches peuvent être suivies pour procéder à cette appréciation. L'une d'entre elles consisterait à subordonner l'engagement de telles dépenses à l'autorisation préalable du tribunal, ou encore à subordonner à l'autorisation du tribunal l'engagement de toutes les dépenses liées à des actes sortant du cours normal des affaires. Une autre approche consisterait à exiger que les créanciers procèdent à cette appréciation, afin de faciliter la transparence de la procédure, tout en ménageant la possibilité d'un recours devant le tribunal lorsque l'appréciation des créanciers est contestée. Comme on l'a vu plus haut pour la rémunération du représentant de l'insolvabilité (voir chap. III, par. 53), tout mécanisme adopté pour l'évaluation des dépenses devrait éviter qu'une partie ou des parties procédant à l'évaluation ne puissent influer indûment sur la conduite de la procédure.

ii) Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

48. Une attention particulière devra sans doute être accordée à la catégorie des créanciers qui ont des liens – familiaux ou d'affaires – privilégiés avec le débiteur (point examiné plus haut, voir chap. II, par. 183, et plus bas, par. 77). Un traitement spécial se justifiera souvent dans ce cas étant donné que ces personnes ont plus de chances que les autres créanciers d'avoir été favorisées et d'avoir eu connaissance, à un stade précoce, des difficultés financières du débiteur. Bien que les créances détenues par ces personnes n'entrent pas vraiment dans les classes de créances à exclure, il convient de se demander si elles devraient être admises et traitées de la même manière que celles des autres créanciers ou être admises sous réserve de leur appliquer un traitement particulier. Le simple fait d'une relation privilégiée avec le débiteur peut ne pas toujours suffire, cependant, à justifier un traitement spécial. Parfois, ces créances seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de relation privilégiée avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des soupçons et mériter une attention particulière. Il pourra être utile qu'une loi sur l'insolvabilité comporte un mécanisme permettant de déceler les types de comportement ou les situations dans lesquels des créances mériteront une attention particulière, comme lorsque le débiteur est nettement sous-capitalisé (par exemple, un responsable de l'entreprise avance des fonds à la société sous la forme d'un prêt alors que celle-ci est sous-capitalisée et poursuit ses activités sans avoir suffisamment de fonds pour payer ses créanciers) ou lorsqu'il y a preuve d'abus de confiance (autrement dit les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ont profité de leur position pour obtenir un avantage – par exemple, six mois avant une liquidation le dirigeant de l'entreprise accepte une rémunération que la société ne peut pas payer et déclare une créance pour ce montant dans la liquidation). Dans de tels cas, le montant de la créance admise pourra être réduit, la créance prendre rang après les créances d'autres classes de créanciers (voir plus bas, par. 55 à 61) ou les droits de vote du créancier ayant des liens privilégiés avec le débiteur être limités pour certaines questions (par exemple, pour le choix du représentant de

l'insolvabilité, lorsque la loi sur l'insolvabilité permet aux créanciers de faire ce choix).

iii) Créances d'intérêts

49. Différentes approches sont adoptées concernant le cours et le paiement des intérêts sur les créances. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que les intérêts cessent de courir sur l'ensemble des créances non garanties dès l'ouverture d'une procédure de liquidation, mais que, dans le cas d'un redressement, leur paiement dépendra de ce qui est convenu dans le plan. D'autres prévoient que les intérêts peuvent continuer de courir, mais que le paiement se verra accorder un rang de priorité inférieur et intervenir par exemple après le remboursement de tous les créanciers chirographaires.

4. Créances non admises

50. De nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que lorsqu'une créance est rejetée, le créancier concerné a un droit de recours contre cette décision, qu'elle ait été prise par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, dans un délai spécifié après notification de la décision. Dans la pratique, ce délai peut aller de 10 à 45 jours.

Recommandations 169 à 184

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant les créances des créanciers est:

a) De définir les créances qui peuvent ou doivent être déclarées et le traitement qui doit leur être accordé;

b) De permettre aux personnes qui détiennent une créance contre un débiteur de la déclarer sur la masse;

c) D'établir un mécanisme de vérification et d'admission des créances;

d) De prévoir un recours en cas de contestation de créances; et

e) D'assurer l'égalité de traitement des créanciers de même rang.

Contenu des dispositions législatives

Obligation de déclaration (par. 1 et 13)

169. La loi sur l'insolvabilité devrait exiger que les créanciers souhaitant participer à la procédure déclarent leur créance en spécifiant la cause et le montant de celle-ci. Elle devrait limiter au minimum les formalités liées à cette déclaration et autoriser la déclaration des créances par différents moyens, notamment par courrier et par voie électronique.

Créances non contestées (par. 17 à 19, 35 et 36)

170. La loi sur l'insolvabilité peut autoriser l'admission des créances non contestées à partir de la liste des créanciers et des créances établie par le débiteur en coopération avec le représentant de l'insolvabilité[4] ou permettre au tribunal ou au représentant de l'insolvabilité d'exiger d'un créancier qu'il apporte la preuve de sa créance. Elle ne devrait pas exiger qu'un créancier se présente dans tous les cas en personne pour prouver sa créance.

Créances pouvant être déclarées (par. 1)

171. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser que les créances pouvant être déclarées sont notamment tous les droits à paiement nés d'actes ou d'omissions du débiteur[5] avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, qu'ils soient échus ou non échus, liquides ou non liquides, certains ou conditionnels. Elle devrait indiquer les créances qui ne seront pas soumises à la procédure d'insolvabilité[6].

Créances garanties (par. 2 à 5)

172. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances.

Égalité de traitement des créanciers de même rang (par. 10 et 21)

173. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous les créanciers de même rang, qu'il s'agisse de créanciers locaux ou étrangers, doivent être traités sur un pied d'égalité en ce qui concerne la déclaration et le traitement de leurs créances.

Délai de déclaration des créances (par. 13 à 16)

174. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier le délai, à compter de la date effective de l'ouverture de la procédure, dans lequel les créances peuvent être déclarées. Ce délai devrait être suffisant pour permettre aux créanciers de déclarer leurs créances[7].

Conséquences du défaut de déclaration (par. 24 à 27)

175. Lorsqu'elle fait obligation au créancier de déclarer une créance, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les conséquences du défaut de déclaration dans tout délai fixé.

---

[4]Voir recommandation 110.

[5]Il pourrait s'agir des créances de tiers ou du garant d'un paiement nées d'actes ou d'omissions du débiteur.

[6]Dans certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple, des créances telles que les amendes et pénalités et les créances fiscales ne sont pas soumises à la procédure d'insolvabilité. Elles continuent d'exister indépendamment de cette procédure et ne font pas l'objet d'une remise.

[7]Lorsque des créanciers étrangers participent à la procédure, il sera peut-être nécessaire de fixer des délais plus longs pour faciliter la déclaration des créances. Il est souhaitable également que les créances soient déclarées à un stade précoce de la procédure de sorte que le représentant de l'insolvabilité ait connaissance des créances existantes, des actifs grevés concernés et de la valeur de ces actifs et créances.

Créances en monnaie étrangère (par. 22)

176. Lorsque les créances sont libellées en monnaie étrangère, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les cas dans lesquels ces créances doivent être converties et les raisons de la conversion. Lorsque la conversion est requise, elle devrait spécifier que la créance sera convertie dans la monnaie locale par référence à une date spécifiée, telle que la date effective de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Admission ou rejet des créances (par. 29 à 40)

177. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à admettre ou à rejeter toute créance, en totalité ou en partie[8]. Lorsque tout ou partie de la créance est rejetée ou soumise au traitement prévu dans la recommandation 184 en tant que créance d'une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, le créancier devrait être informé des motifs de la décision.

Créances non liquides (par. 38)

178. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser l'admission provisoire des créances non liquides, en attendant que leur montant soit déterminé par le représentant de l'insolvabilité.

Évaluation des créances garanties (par. 38)

179. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.

Contestation d'une créance (par. 41)

180. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser une partie intéressée à contester toute créance déclarée, avant ou après son admission, et à demander son examen par le tribunal.

Examen des créances rejetées ou soumises à un traitement spécial (par. 32, 33 et 48)

181. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser les créanciers dont tout ou partie des créances ont été rejetées ou soumises au traitement prévu dans la recommandation 184 en tant que créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur à demander au tribunal d'examiner leurs créances. Elle peut spécifier un délai à compter de la notification de la décision pour la présentation de cette demande.

Admission provisoire des créances contestées (par. 41)

182. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances contestées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité pourront être admises provisoirement par le représentant de l'insolvabilité en attendant que le litige soit réglé par le tribunal.

---

[8]Dans certains pays, le tribunal peut être tenu de ratifier la décision du représentant de l'insolvabilité.

Effets de l'admission (par. 43)

183. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les effets de l'admission, y compris provisoire, d'une créance. Ces effets peuvent notamment être les suivants:

a) Donner au créancier le droit de participer à la procédure et d'être entendu;

b) Permettre au créancier de voter lors d'une assemblée de créanciers, en particulier pour l'approbation d'un plan;

c) Déterminer le rang de priorité de la créance du créancier;

d) Déterminer le montant pour lequel le créancier a le droit de voter;

e) Sauf en cas d'admission provisoire d'une créance, permettre au créancier de participer à une répartition[9].

Créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (par. 48)

184. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur devront être examinées de près et que, lorsque cela est justifié[10]:

a) Les droits de vote de ces personnes pourront être restreints;

b) Le montant des créances de ces personnes pourra être réduit; ou

c) Les créances pourront être déclassées[11].

B. Priorités et répartition du produit

1. Priorités

a) Introduction

51. De nombreux intérêts différents et concurrents sont en jeu dans une procédure d'insolvabilité. Les créanciers ont pour la plupart acquis cette qualité du fait qu'ils ont noué une relation juridique et contractuelle avec le débiteur avant l'insolvabilité. Il y a cependant des créanciers qui n'ont pas conclu de tels arrangements avec le débiteur; c'est le cas, par exemple, de l'administration fiscale (qui interviendra souvent dans la procédure d'insolvabilité) et des détenteurs de créances indemnitaires (dont la participation sera généralement moins fréquente). Aussi les droits des créanciers seront-ils régis par plusieurs lois différentes.

---

[9]Toutefois, au moment de la répartition, le représentant de l'insolvabilité peut être tenu de prendre en compte des créances qui ont été admises provisoirement ou qui ont été déclarées mais n'ont pas encore été admises.

[10]La sous-capitalisation du débiteur ou la réalisation d'opérations d'initié, notamment, pourrait être un motif suffisant, comme indiqué plus haut au paragraphe 48.

[11]Sur le déclassement, voir plus loin, par. 55 à 61.

52. Si de nombreux créanciers se trouveront dans la même situation du fait qu'ils détiennent des types de créances fondées sur des droits légaux ou contractuels similaires, d'autres auront des créances ou des droits supérieurs. C'est pourquoi les lois sur l'insolvabilité classent généralement les créanciers en fonction de leurs créances aux fins de la répartition du produit de la liquidation de la masse, ce qui n'est pas incompatible avec l'objectif d'un traitement équitable. Dans la mesure où différents créanciers ont conclu différents arrangements commerciaux avec le débiteur, leur classement peut se justifier par le fait qu'il est souhaitable que le système d'insolvabilité reconnaisse et respecte ces différents arrangements, préserve les attentes commerciales légitimes, favorise la prévisibilité dans les relations commerciales et encourage l'égalité de traitement des créanciers se trouvant dans la même situation. L'établissement d'un système de classement clair et prévisible aux fins de la répartition peut permettre aux créanciers de déterminer avec certitude leurs droits au moment de conclure des arrangements commerciaux avec le débiteur et, le cas échéant, faciliter l'octroi de crédits garantis.

53. Toutefois, ces objectifs ne peuvent être atteints que dans une certaine limite. Outre qu'elles se fondent sur des classements établis en fonction des relations juridiques et commerciales entre le débiteur et ses créanciers, les règles de répartition reflètent aussi très souvent des choix qui tiennent compte d'intérêts généraux importants (telle la protection de l'emploi), ainsi que de la nécessité d'assurer le déroulement ordonné et efficace de la procédure d'insolvabilité (en accordant la priorité à la rémunération des professionnels de l'insolvabilité et aux dépenses liées à l'administration de la procédure) et de promouvoir la continuation de l'entreprise et son redressement (en accordant la priorité au financement postérieur à l'ouverture de la procédure). Lorsque ces intérêts généraux plus larges entrent en concurrence avec des intérêts particuliers, il peut en découler une distorsion des incitations commerciales normales. Lorsque la priorité est accordée à ces intérêts généraux et que l'égalité de traitement fondée sur le classement des créances n'est pas respectée, il est souhaitable que les considérations d'ordre public justifiant l'octroi d'une telle priorité soient clairement exposées dans la loi sur l'insolvabilité. En l'absence d'égalité de traitement, cette approche permettra au moins d'assurer une certaine transparence et une certaine prévisibilité pour ce qui est des créances, de la répartition et de la constitution des classes de créanciers dans le cadre d'un plan de redressement.

54. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des règles très diverses en ce qui concerne non seulement l'ordre de priorité entre les différentes classes mais également le traitement accordé aux créanciers d'une classe particulière, par exemple, les créanciers généralement appelés "chirographaires", qui peuvent être divisés en sous-classes.

b) Déclassement des créances

55. Lorsqu'une personne physique ou morale a des dettes envers plusieurs créanciers, le classement établi dans la loi applicable (qui peut prévoir le déclassement de certains types de créances, par exemple, celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur) ou par convention entre les parties déterminera dans quel ordre ces dettes devraient être payées. Toutefois, en dépit d'un tel classement, un créancier de rang supérieur peut être payé après un créancier de rang inférieur suite au déclassement de sa créance.

56. Le déclassement désigne une modification de l'ordre de priorité entre créanciers indépendamment de la validité ou de la légalité d'une créance. Une créance peut être valable et opposable mais, en raison de son déclassement par convention ou sur décision du tribunal, elle sera remboursée après les autres lors de la répartition alors que normalement elle l'aurait été avant. Le déclassement contractuel et le déclassement légal sont examinés ci-après.

i) Déclassement contractuel

57. Il y a déclassement contractuel lorsque deux créanciers ou plus d'un seul et même débiteur concluent un accord (appelé "accord de cession de rang" ou "accord de répartition") par lequel un créancier convient d'être payé après un autre ou plusieurs autres. Cet accord peut être conclu entre créanciers garantis ou entre créanciers chirographaires. Dans le premier cas, il prévoit généralement qu'un créancier bénéficie d'un droit de priorité sur le détenteur d'une sûreté réelle occupant normalement un rang supérieur. Dans le second cas, il prévoit habituellement qu'un créancier sera intégralement remboursé avant que le créancier ayant cédé son rang ne soit payé.

58. Les accords de cession de rang peuvent voir le jour dans différents contextes. Par exemple, les titulaires d'obligations conviennent généralement de céder leur rang au prêteur finançant le fonds de roulement du débiteur. De même, lorsqu'une entreprise connaît des difficultés financières, certains créanciers peuvent accepter le déclassement de leurs créances pour aider cette entreprise dans ses efforts de redressement. Ils peuvent décider de céder leur rang à un prêteur injectant de nouveaux fonds dans l'entreprise dans l'espoir que ces fonds faciliteront son sauvetage et augmenteront ainsi leurs chances d'être remboursés intégralement (voir chap. II, par. 94 à 107, sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure).

59. Les lois qui déterminent la validité et l'opposabilité des contrats de même que les motifs habituellement invoqués pour contester ceux-ci, tels que l'absence de contrepartie, la fraude ou les clauses léonines, s'appliquent aussi aux accords de cession de rang. Le principe général de la reconnaissance des priorités antérieures à l'ouverture de la procédure devrait être interprété comme s'appliquant également aux priorités découlant d'un accord de cession de rang,

à condition que l'accord n'octroie pas un rang supérieur à celui qui serait normalement accordé à un créancier par la loi applicable.

ii) Déclassement décidé par le tribunal pour des raisons d'équité ("équitable subordination")

60. Un tribunal peut être habilité à modifier l'ordre de paiement des créances pour empêcher, par exemple, qu'un créancier ayant commis une fraude ou un autre acte illégal ou inapproprié en vue d'obtenir un avantage sur d'autres créanciers ne tire parti de cet acte. Cette mesure a été instaurée initialement pour empêcher les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur de recourir à des mécanismes juridiques pour être mieux classées.

61. Lorsqu'il est recouru à ce type de déclassement, il ne s'appliquera généralement que si l'acte considéré est effectivement préjudiciable à d'autres créanciers, par exemple s'il change l'ordre normal de répartition et donne au créancier un droit de priorité inéquitable. Le tribunal pourrait alors déclasser la créance pour rétablir l'ordre de priorité en vue d'une répartition équitable. Si l'acte commis ne procure pas d'avantage inéquitable, ce déclassement n'est généralement pas possible.

c) Classement des créances

i) Créanciers garantis

62. De nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent aux créanciers garantis le droit d'être payés en premier soit sur le produit de la vente de certains actifs grevés, soit sur les fonds généraux, suivant la manière dont sont traités les actifs grevés. Le mode de répartition des sommes entre créanciers garantis dépend de la méthode employée pour les protéger durant la procédure (voir chap. II, par. 63 à 69). Si la protection de la sûreté réelle a été assurée par la préservation de la valeur de l'actif grevé, le créancier garanti aura généralement une créance prioritaire sur le produit de la vente de cet actif à concurrence du montant de sa créance garantie. Si la protection de la sûreté a été assurée par la fixation de la valeur de la fraction garantie de la créance au moment de l'ouverture de la procédure, le créancier aura généralement une créance prioritaire sur le produit global de la masse à hauteur de cette valeur. Lorsque la créance excède la valeur de l'actif grevé ou le montant de la fraction garantie fixé à l'ouverture de la procédure (si cette approche est retenue), la fraction non garantie de la créance sera généralement traitée, aux fins de la répartition, comme une créance ordinaire non garantie.

63. Certaines lois sur l'insolvabilité n'accordent pas aux créanciers garantis le droit d'être désintéressés en premier. Le remboursement de ces derniers peut passer, par exemple, après le paiement des frais d'administration et d'autres créances, telles que les créances salariales impayées, les créances fiscales, les

créances environnementales et les créances pour préjudice corporel, qui bénéficient d'un droit de priorité conformément à la loi sur l'insolvabilité. Dans d'autres lois, le montant pouvant être recouvré (en priorité) par les créanciers garantis sur les actifs garantissant leur créance est limité à un certain pourcentage de cette dernière. Certaines de ces lois font une distinction entre les sûretés réelles grevant presque tous les actifs d'une entreprise (parfois appelées nantissement d'entreprise ou charge flottante) et d'autres types de sûretés réelles, seules les premières étant visées par cette exception.

64. La fraction soustraite sert généralement à désintéresser d'autres créanciers – créanciers de rang inférieur ou créanciers chirographaires ordinaires – ou à financer la rémunération et les dépenses du représentant de l'insolvabilité ainsi que les frais de préservation et d'administration de la masse, lorsque la valeur des actifs qui la composent est insuffisante pour les couvrir. Cette approche se justifie notamment par le fait que le créancier garanti devrait, d'une manière équitable, partager certaines des pertes des autres créanciers dans le cas d'une liquidation et certaines dépenses dans le cas d'un redressement. Si aucune part des actifs du débiteur n'est réservée au remboursement des autres créanciers, ceux-ci n'obtiendront probablement rien lors de la répartition. L'adoption de telles exceptions au remboursement prioritaire des créanciers garantis peut toutefois rendre incertain le recouvrement du crédit garanti et, de ce fait, décourager l'octroi de ce type de crédit et en augmenter le coût. Il est très souhaitable que le recours à ces exceptions dans une loi sur l'insolvabilité soit limité.

65. Lorsque le produit net de la réalisation de l'actif grevé sert directement à désintéresser le créancier garanti, celui-ci, à la différence des créanciers chirographaires, ne contribuera généralement pas (directement ou indirectement) à l'ensemble des frais de la procédure d'insolvabilité, à moins que ne soient prévues des dispositions comme celles indiquées ci-dessus. Toutefois, il peut encore être tenu de contribuer à d'autres frais directement liés à ses intérêts. Si le représentant de l'insolvabilité a utilisé des fonds pour maintenir la valeur de l'actif grevé, il peut être raisonnable de les recouvrer en tant que dépenses afférentes à l'administration de la procédure sur le montant qui serait normalement versé en priorité au créancier garanti sur le produit de la vente de l'actif. Une autre exception peut consister à octroyer un droit de priorité au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Dans ce cas, il faudrait que l'effet d'un tel droit sur les intérêts des créanciers garantis soit clair au moment de l'obtention du financement, du fait en particulier que celui-ci peut avoir été approuvé par les créanciers garantis.

ii) Frais et dépenses afférents à l'administration de la procédure

66. Les dépenses afférentes à l'administration de la procédure d'insolvabilité ont souvent la priorité sur les créances non garanties, généralement afin que les parties agissant pour le compte de la masse de l'insolvabilité reçoivent une

rémunération appropriée. Ces dépenses comprennent habituellement la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels employés par lui ou dans certains cas par le débiteur; les dettes découlant de l'exercice attendu des fonctions et des pouvoirs du représentant de l'insolvabilité (ou, dans certains cas, du débiteur); les frais découlant de la continuation des obligations contractuelles (contrats de travail et baux, par exemple); les frais de la procédure (frais de justice, par exemple) et, dans certaines lois sur l'insolvabilité, la rémunération de tous professionnels employés par un comité de créanciers.

iii) Créances prioritaires ou privilégiées

67. Les lois sur l'insolvabilité confèrent souvent des droits de priorité à certaines créances (principalement des créances non garanties) qui, en conséquence, seront réglées avant les autres créances, non garanties et non privilégiées (ou moins privilégiées). Ces droits de priorité, qui sont souvent fondés sur des considérations sociales, et parfois politiques, vont à l'encontre du principe de la répartition *pari passu* et s'exercent généralement au détriment des créanciers chirographaires ordinaires du fait qu'ils réduisent la valeur des actifs à répartir entre eux. L'octroi de tels droits risque de susciter des débats stériles sur la question de savoir quels créanciers devraient être prioritaires et pour quelles raisons. En outre, il a des répercussions sur l'offre et le coût du crédit, qui augmentera à mesure que diminuera le montant des fonds disponibles aux fins de la répartition entre les autres créanciers.

68. Certaines priorités sont motivées par des préoccupations sociales auxquelles il peut être plus facile de répondre dans d'autres lois, par exemple dans la législation sur la protection sociale, qu'en élaborant une loi sur l'insolvabilité pour atteindre des objectifs sociaux n'ayant qu'un rapport indirect avec les questions d'endettement et d'insolvabilité. Le fait de prévoir une priorité dans la loi sur l'insolvabilité peut au mieux apporter un remède incomplet et insuffisant au problème social tout en diminuant l'efficacité de la procédure d'insolvabilité. Si l'on veut introduire des priorités dans une loi sur l'insolvabilité ou si les priorités prévues dans d'autres lois seront reconnues et auront effet dans la procédure d'insolvabilité, il est souhaitable de les énoncer ou d'y faire référence clairement dans la loi sur l'insolvabilité (et, si nécessaire, de les classer avec les autres créances). Ainsi, l'impact du régime de l'insolvabilité sur les créanciers sera au moins transparent et prévisible et les prêteurs pourront évaluer avec plus de justesse les risques auxquels ils s'exposent.

69. Certaines lois récentes sur l'insolvabilité ont sensiblement réduit le nombre de ces droits de priorité, reflétant en cela un changement intervenu dans l'opinion publique concernant l'acceptabilité d'un tel traitement. Quelques États, par exemple, ont supprimé récemment la priorité traditionnellement accordée aux créances fiscales. D'autres, en revanche, ont tendance à multiplier

les catégories de créances jouissant d'une priorité. Le maintien de plusieurs rangs prioritaires différents pour de nombreux types de créances risque de rendre plus difficile la réalisation des principaux objectifs de la procédure d'insolvabilité et de nuire à l'efficacité et à l'effectivité de cette dernière. Il risque de créer des injustices et, en cas de redressement, de compliquer l'élaboration du plan. En outre, il ne faut pas oublier que la modification de l'ordre de répartition pour créer ces priorités n'augmente pas le montant total des fonds que pourront se partager les créanciers, mais ne fera qu'avantager un groupe de créanciers aux dépens d'un autre. Plus les catégories de créanciers prioritaires sont nombreuses, plus les autres groupes sont enclins à réclamer eux aussi un traitement prioritaire. Plus les créanciers recevant un traitement prioritaire sont nombreux, moins ce traitement est avantageux.

70. Pour déterminer s'il y a des raisons impérieuses d'accorder un privilège à un type particulier de créance, plusieurs facteurs peuvent être pris en considération, parmi lesquels la nécessité de donner effet à des obligations internationales découlant de traités, telles que celles applicables aux créances salariales (voir plus bas); la nécessité de trouver un équilibre entre les intérêts particuliers, les intérêts généraux et les autres moyens permettant de tenir compte de ces derniers; l'opportunité d'inciter les créanciers à gérer le crédit efficacement et à en fixer le prix au niveau le plus bas possible; l'incidence de certains droits de préférence sur le coût de l'opération et le coût d'exécution; et l'opportunité d'établir des distinctions subtiles entre créanciers qui obligent une classe de créanciers à assumer une plus large part des créances impayées.

71. Les types de créances bénéficiant d'une priorité et la nature de cette dernière varient considérablement suivant les États. Deux types de créances sont toutefois souvent prioritaires: d'une part, les salaires et prestations (sécurité sociale et pensions) dus aux salariés et, d'autre part, les créances fiscales. La priorité des créances fiscales peut être particulièrement problématique dans les affaires d'insolvabilité internationale. Une solution serait de refuser la priorité à l'ensemble des créances fiscales étrangères. Une autre serait de leur reconnaître un certain type de priorité, peut-être de portée limitée, soit lorsque la reconnaissance de ce type de créances est réciproque, soit lorsque la procédure d'insolvabilité à laquelle est soumis un débiteur unique est administrée conjointement dans plusieurs États. L'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale reconnaît l'importance du principe de non-discrimination dans le classement des créances étrangères, mais dispose également que les pays qui ne reconnaissent pas les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers peuvent maintenir cette discrimination[12].

[12]Voir Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, art. 13-2 et note 2 (annexe III). Le Règlement (CE) n° 1346/2000, art. 4-2 i) prévoit que le rang des créances est déterminé par la loi de l'État d'ouverture de la procédure (principale ou secondaire).

a. Créances salariales[13]

72. Dans une majorité d'États, les créances salariales (qui comprennent notamment les salaires, les indemnités de congés payés, les indemnités pour d'autres absences rémunérées et les indemnités de licenciement) constituent une classe de créances prioritaires en cas d'insolvabilité. Dans un certain nombre de cas, ces créances priment la plupart des autres créances prioritaires et, en particulier, les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale, et, dans quelques cas, les créances garanties (voir par. 63 et 64). L'approche consistant à donner la priorité aux créances salariales est généralement conforme à la protection spéciale accordée aux salariés dans d'autres domaines de la loi sur l'insolvabilité (voir chap. II, par. 145) ainsi qu'aux principes des traités internationaux relatifs à la protection des travailleurs[14]. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, la priorité accordée à la préservation de l'emploi sur d'autres objectifs de la procédure d'insolvabilité, tels que la maximisation de la valeur de la masse au profit de l'ensemble des créanciers, est attestée par l'accent mis sur la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité (avec transfert des obligations existantes concernant l'emploi) et non sur la liquidation ou le redressement, qui permettent de modifier ces obligations ou d'y mettre fin.

73. Dans certains États, les créances salariales bénéficient d'un droit de priorité, mais occuperont le même rang que les créances fiscales et les créances de sécurité sociale dans une classe unique de créances prioritaires et peuvent être réglées au prorata de leur montant au cas où les fonds seraient insuffisants. Dans d'autres États, elles ne sont pas prioritaires et occupent le rang de créances ordinaires non garanties, encore que dans certains cas, le règlement de certaines obligations accumulées sur des périodes spécifiées (par exemple, pour les salaires et rémunérations cumulés dans les trois mois précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) puisse être garanti par l'État au moyen d'un fonds de garantie des salaires ou d'un système d'assurance offrant une source de financement distincte pour assurer le règlement des créances salariales. Un tel fonds peut lui-même avoir une créance sur la masse et avoir ou non la même priorité sur cette dernière que les créances salariales en fonction de considérations de politique générale telles que l'utilisation des deniers publics (plutôt que des actifs du débiteur insolvable) pour financer le versement des salaires. Dans la pratique, le fonds jouit généralement des mêmes droits que les

---

[13]Pour une analyse des législations nationales sur la protection des créances des travailleurs, voir l'Étude d'ensemble des rapports concernant la convention (nº 95) et la recommandation (nº 85) sur la protection du salaire, 1949, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail (OIT), par. 298 à 353.

[14]Par exemple, la Convention de l'OIT sur la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, 1992 (n° 173), dont l'article 8-1 dispose que "la législation nationale doit placer les créances des travailleurs à un rang de privilège plus élevé que la plupart des autres créances privilégiées, et en particulier celles de l'État et de la sécurité sociale". Cette Convention est entrée en vigueur en 1995.

salariés, du moins jusqu'à hauteur d'un montant spécifié qui peut être exprimé en montant de salaires ou en nombre de semaines de salaire.

b. Créances fiscales

74. Les créances fiscales bénéficient souvent d'un droit de priorité aux fins de la protection des recettes publiques, mais aussi pour un certain nombre d'autres raisons, notamment le fait qu'un tel droit peut être bénéfique au redressement – car les autorités fiscales seront encouragées à retarder le recouvrement des impôts auprès d'une entreprise en difficulté au motif qu'elles obtiendront finalement un paiement prioritaire dans le cadre de la procédure d'insolvabilité – et que, l'État étant un créancier non commercial et involontaire, certaines options en matière de recouvrement de créances commerciales peuvent lui être fermées. Cela dit, l'octroi d'une priorité à ce type de créances peut avoir un effet pernicieux car le non-recouvrement des impôts risque de compromettre l'application uniforme des lois fiscales et de constituer une forme de subvention de l'État remettant en cause la discipline qu'un régime de l'insolvabilité efficace est censé favoriser. Il risque d'inciter les autorités fiscales à négliger le contrôle des débiteurs et le recouvrement des créances selon des méthodes commerciales qui contribueraient par ailleurs à empêcher l'insolvabilité et la dispersion des actifs (sur le traitement des créances fiscales étrangères, voir plus haut, par. 10).

iv) Créanciers chirographaires ordinaires

75. Une fois tous les créanciers garantis et prioritaires désintéressés, le solde de la masse de l'insolvabilité est généralement réparti entre les créanciers chirographaires ordinaires au prorata de leurs créances. Il peut y avoir des subdivisions au sein de cette classe, certaines créances ayant un rang inférieur ou bénéficiant d'une priorité comme on l'a vu plus haut. Certaines des créances généralement déclassées sont examinées ci-après.

v) Propriétaires et actionnaires

76. Les propriétaires et les actionnaires peuvent avoir des créances nées de prêts accordés au débiteur et des créances résultant de leur participation au capital du débiteur. De nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre ces deux types de créances. S'agissant des secondes, nombre de ces lois excluent généralement les propriétaires et les actionnaires de la répartition du produit des actifs tant que toutes les autres créances ayant un rang de priorité supérieur n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances d'intérêts courant à partir de l'ouverture de la procédure). Aussi les actionnaires et les propriétaires recevront-ils rarement quelque chose pour leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, celle-ci est généralement répartie en fonction du classement des actions spécifié dans le

droit des sociétés et dans les statuts de l'entreprise. En revanche, les créances nées de prêts ne sont pas toujours déclassées.

vi) Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

77. Une catégorie de créanciers pouvant nécessiter une attention particulière est celle des personnes ayant des liens privilégiés – qu'ils soient familiaux ou d'affaires – avec le débiteur (voir chap. II, par. 183, et plus haut, par. 48). Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les créances de ces personnes sont toujours déclassées; dans d'autres, elles ne le sont qu'en cas de comportement inéquitable, frauduleux ou quasi frauduleux. Lorsqu'elles sont déclassées, elles peuvent passer après les créances ordinaires non garanties. Un traitement autre que le déclassement appliqué à ce type de créances consiste à restreindre le droit de vote ou le montant ou pourcentage de la créance qui sera admis dans le cadre de la procédure.

vii) Amendes, pénalités et intérêts postérieurs à l'ouverture de la procédure

78. Certains États traitent les créances telles que les libéralités, les pénalités et les amendes (qu'elles soient administratives, pénales ou autres) comme des créances ordinaires non garanties et les font passer après les autres créances non garanties. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, ces types de créances sont purement et simplement rejetées.

79. Différentes règles sont appliquées au cours et au paiement des intérêts sur les créances. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que les intérêts cessent de courir sur l'ensemble des créances non garanties dès l'ouverture d'une procédure de liquidation, mais que, dans le cas d'un redressement, leur paiement dépendra de ce qui est convenu dans le plan. Dans les autres cas où les intérêts peuvent continuer de courir après l'ouverture de la procédure, la créance d'intérêts peut être déclassée et ne sera réglée qu'après toutes les autres créances non garanties.

2. Répartition

a) Liquidation

80. Lorsqu'il existe plusieurs catégories de créances avec des rangs de priorité différents, les créances d'un même rang seront en général réglées intégralement avant que ne soient réglées celles du rang suivant. Une fois atteint un rang de priorité auquel les fonds sont insuffisants pour payer intégralement tous les créanciers, un partage est effectué entre eux au prorata de leurs créances. Dans certaines lois qui n'établissent pas un ordre priorité, tous les créanciers se

partagent le produit de la masse au prorata de leurs créances si les fonds ne sont pas suffisants pour les désintéresser tous intégralement.

b) Redressement

81. Un plan de redressement peut proposer un ordre de priorité différent de celui qui est prévu par une loi sur l'insolvabilité dans le cas d'une liquidation, à condition que les créanciers appelés à se prononcer par un vote au sujet du plan approuvent une telle modification. Il peut être souhaitable, dans une procédure de redressement, de subordonner l'homologation du plan au règlement intégral des créances prioritaires, à moins que les créanciers prioritaires concernés n'en conviennent autrement.

Recommandations 185 à 193

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la priorité et la répartition est:

a) D'établir l'ordre dans lequel les créances devraient être remboursées sur la masse;

b) De garantir que les créanciers occupant le même rang soient remboursés sur les actifs de la masse au prorata de leurs créances;

c) De spécifier les cas limités dans lesquels l'octroi d'une priorité dans la répartition est permis.

Contenu des dispositions législatives

Classes de créanciers concernés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et traitement de ces classes

185. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les classes de créanciers qui seront concernés par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le traitement réservé à ces classes en matière de priorité et de répartition.

Établissement d'un ordre de remboursement des créances (par. 5 et 52)

186. La loi sur l'insolvabilité devrait établir l'ordre dans lequel les créances doivent être remboursées sur la masse.

Créances prioritaires (par. 53 et 67 à 71)

187. La loi sur l'insolvabilité devrait limiter au minimum les droits de priorité accordés aux créances non garanties. Elle devrait indiquer clairement les classes éventuelles de créances qui pourront être remboursées en priorité dans la procédure d'insolvabilité.

Créances garanties (par. 62 à 65)

188. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur les actifs grevés dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement

un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la valeur de l'actif grevé est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

Classement des créances autres que garanties (par. 66 à 79)

189. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances autres que les créances garanties sont classées dans l'ordre suivant[15]:

a) Frais et dépenses afférents à l'administration de la procédure;

b) Créances prioritaires;

c) Créances ordinaires non garanties;

d) Créances reportées ou créances déclassées conformément à la loi.

190. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tout surplus restant après remboursement intégral de toutes les créances est remis au débiteur.

Répartition dans la liquidation (par. 40 et 80)

191. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, comme principe général, que les créances même rang sont payées *pari passu*. Toutes les créances occupant le même rang dans une classe particulière devraient être réglées intégralement avant celles du rang suivant.

192. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lors de la répartition, le représentant de l'insolvabilité est tenu de constituer une provision pour les créances déclarées qui n'ont pas encore été définitivement admises.

193. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, dans une procédure de liquidation, la répartition doit se faire rapidement et que des versements provisionnels peuvent être effectués.

C. Traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

1. Introduction

82. Il est courant que des opérations commerciales soient réalisées par le biais de groupes de sociétés et que chaque société du groupe soit dotée d'une personnalité juridique distincte. Lorsque l'une des sociétés du groupe devient insolvable, son traitement comme une entité dotée d'une personnalité juridique distincte soulève un certain nombre de problèmes qui sont généralement complexes et souvent difficiles à résoudre. Dans certaines situations, par

[15]La loi sur l'insolvabilité peut prévoir un classement supplémentaire des créances à l'intérieur de chacune des classes mentionnées aux alinéas *a)*, *b)* et *d)*. Lorsque les créances d'un même rang ne peuvent pas toutes être entièrement remboursées, l'ordre de paiement devrait tenir compte de tout classement supplémentaire spécifié dans la loi sur l'insolvabilité pour ces créances.

exemple lorsque l'activité commerciale d'une société était dirigée ou contrôlée par une société apparentée, le traitement des sociétés du groupe comme des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut déboucher sur des résultats inéquitables. Il peut, par exemple, empêcher d'accéder aux fonds d'une société pour régler les dettes ou obligations d'une société débitrice apparentée (sauf lorsque la société débitrice est actionnaire ou créancière de la société apparentée), malgré les liens étroits entre les sociétés et bien que la société apparentée ait peut-être participé à la gestion ou à l'administration de la société débitrice et ait amené celle ci à contracter des dettes et des obligations. De plus, lorsque la société débitrice appartient à un groupe de sociétés, il peut être difficile de démêler les circonstances propres au cas d'espèce afin de déterminer avec quelle société du groupe tels ou tels créanciers ont traité ou d'établir les opérations financières entre les sociétés du groupe.

83. Trois questions se posent en particulier s'agissant des procédures d'insolvabilité concernant un groupe de sociétés:

a) Celle de savoir si une autre société du groupe sera responsable de la dette externe de la société insolvable (autrement dit l'ensemble des dettes de la société insolvable à l'exception de celles contractées envers des sociétés apparentées du groupe, c'est-à-dire à l'exception des "dettes intragroupe");

b) Celle du traitement qui doit être réservé aux dettes intragroupe (créances sur la société débitrice détenues par des sociétés apparentées du groupe); et

c) Celle de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité par une société du groupe contre une société apparentée du même groupe.

84. Tenant compte de la complexité de ce sujet, les développements qui suivent visent seulement à donner un bref aperçu de certaines de ces questions. Les lois sur l'insolvabilité apportent diverses réponses à ces questions et à d'autres qui peuvent se distinguer par la mesure dans laquelle une loi permet la levée du voile social. Certaines adoptent une approche restrictive et limitent strictement les cas dans lesquels des sociétés d'un groupe peuvent être traitées comme n'ayant pas de personnalité juridique distincte et le voile social peut être levé, en d'autres termes, les circonstances dans lesquelles une société apparentée peut être responsable des dettes contractées par un membre insolvable du groupe. D'autres sont moins strictes et confèrent aux tribunaux de larges pouvoirs d'appréciation des circonstances de chaque cas d'espèce sur la base de principes directeurs spécifiques. Dans ce dernier cas, l'éventail des résultats possibles est plus large que dans les lois qui suivent une approche restrictive. Dans un cas comme dans l'autre, toutefois, il est fréquent que les lois sur l'insolvabilité se fondent pour régler les questions de dettes intragroupe sur le rapport existant entre la société insolvable et les sociétés apparentées du groupe tant au niveau de l'actionnariat qu'à celui du contrôle de la gestion. Le fait de traiter ces questions dans une loi sur l'insolvabilité peut avoir l'avantage d'encourager les groupes de sociétés à suivre en permanence les activités des

sociétés membres du groupe et à réagir à un stade précoce en cas de difficultés financières de l'une d'elles. Traiter les sociétés comme si elles n'étaient pas dotées de personnalités juridiques distinctes peut toutefois empêcher les milieux d'affaires, les investisseurs et les créanciers de faire la part des choses et d'opérer des choix concernant les risques (ce qui peut être particulièrement important lorsque le groupe comprend une société pour laquelle existent des impératifs particuliers en matière de gestion des risques, comme un organisme financier), introduire un élément d'incertitude considérable qui se répercute sur le coût du crédit, en particulier lorsque la décision concernant la responsabilité à assumer pour les dettes du groupe est prise par un tribunal après la survenance de l'insolvabilité, et compliquer le traitement comptable des dettes au sein du groupe.

85. Bien que diverses réponses soient apportées à ces questions très complexes, il est important qu'un régime de l'insolvabilité traite des questions concernant les groupes de sociétés de manière suffisamment détaillée sur le plan de la procédure pour apporter la sécurité juridique à toutes les parties à des opérations commerciales avec de tels groupes. Une solution autre que la réglementation directe des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité pourrait être par exemple de donner, dans d'autres parties de la loi sur l'insolvabilité, une définition suffisante pour permettre l'application aux groupes de sociétés de dispositions telles que les dispositions relatives à l'annulation ou au déclassement qui s'appliquent aux personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

2. Responsabilité du groupe pour les dettes externes

86. Les régimes de l'insolvabilité prennent en compte diverses circonstances ou divers facteurs pour déterminer si une société apparentée ou société du groupe devrait assumer la responsabilité des dettes externes d'un membre insolvable du groupe.

87. Dans de nombreux pays, la société apparentée doit souvent assumer la responsabilité de la dette lorsqu'elle a donné une garantie concernant ses filiales. De même, de nombreux régimes prévoient la responsabilité de réparer toute perte ou tout dommage résultant d'opérations intragroupe frauduleuses. D'autres solutions peuvent être imposées par d'autres domaines du droit. Dans certaines circonstances, par exemple, la loi peut considérer la société insolvable comme un mandataire de la société apparentée, ce qui permettrait aux tiers d'exercer leurs droits directement contre la société apparentée en tant que mandant.

88. Lorsque la loi sur l'insolvabilité laisse aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation pour déterminer la responsabilité d'une ou plusieurs sociétés pour les dettes d'autres sociétés du groupe, suivant certains principes directeurs,

ceux-ci peuvent prendre en compte les éléments suivants: la mesure dans laquelle la gestion, les affaires et les finances des sociétés se confondent; le comportement de la société apparentée envers les créanciers de la société insolvable; le fait que ces créanciers pensaient traiter avec une seule entité économique et non pas avec deux ou plusieurs sociétés du groupe; et la mesure dans laquelle l'insolvabilité est imputable à la société apparentée. Sur la base de ces éléments, un tribunal peut décider dans quelle mesure un groupe de sociétés a agi comme une seule et même entreprise et, dans certains pays, peut ordonner le regroupement de l'actif et du passif des sociétés[16], en particulier lorsqu'une telle décision contribuerait au redressement du groupe, ou ordonner qu'une société apparentée contribue financièrement à la masse de l'insolvabilité, à condition que cette contribution ne compromette pas sa propre solvabilité. La contribution serait généralement versée au représentant de l'insolvabilité administrant la masse au profit de l'ensemble de celle-ci.

89. Un autre élément important à prendre en considération dans les lois sur l'insolvabilité qui autorisent de telles mesures est l'effet de celles-ci sur les créanciers. Ces régimes doivent, lorsqu'ils cherchent à assurer un traitement équitable à l'ensemble des créanciers, concilier les intérêts de deux séries (ou plus) de créanciers qui ont traité avec deux sociétés distinctes (ou plus). Ces intérêts collectifs entreront en conflit si le total des actifs de toutes les sociétés prises ensemble est insuffisant pour satisfaire l'ensemble des créances. Dans un tel cas, les créanciers d'une société du groupe qui dispose d'actifs importants verraient ces actifs réduits par les créances de créanciers d'une autre société du groupe moins bien dotée. Une solution est d'examiner si les économies réalisées pour l'ensemble des créanciers l'emporteraient sur le préjudice accessoire causé à certains d'entre eux. Lorsque les deux sociétés sont insolvables, certaines lois disposent qu'il faut déterminer si le refus de regrouper celles-ci, qui entraîne l'ouverture de procédures d'insolvabilité distinctes, augmenterait le coût et la durée des procédures et diminuerait les fonds qui auraient normalement été destinés aux créanciers, mais aussi permettrait aux actionnaires de certaines sociétés du groupe de recevoir des dividendes au détriment des créanciers d'autres sociétés du groupe[17].

90. Le principe commun à tous les régimes comportant des lois de ce type est que, pour ordonner le regroupement, le tribunal doit être convaincu que les créanciers seraient davantage lésés par son refus de l'ordonner que les sociétés insolvables et les créanciers opposants ne le seraient par sa décision de l'imposer. Par souci d'équité, certaines législations autorisent un regroupement

[16]Si le tribunal décide qu'un groupe de sociétés a opéré comme une seule et même entité économique, d'autres dispositions de la loi sur l'insolvabilité s'appliqueront, par exemple celles relatives à l'obligation des administrateurs d'empêcher la poursuite de l'activité en cas d'insolvabilité. Certaines lois autorisent également, dans des circonstances limitées, les sociétés à regrouper d'elles-mêmes leurs actifs et leurs passifs.

[17]Certaines lois exigent que les créanciers, ainsi que l'actif et le passif, de chacune des sociétés du groupe concernées soient séparément identifiés avant toute répartition.

partiel, en excluant les créances de certains créanciers et en prévoyant leur remboursement sur des actifs particuliers (non visés par la décision de regroupement) de l'une des sociétés insolvables. Les difficultés qu'entraîne cette solution de compromis font que les décisions de regroupement partiel sont rares dans les États où elles sont autorisées.

91. Il convient de noter que les lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement sont sans incidence sur les droits des créanciers garantis, à l'exception peut-être des détenteurs de valeurs mobilières intragroupe (lorsque le créancier garanti est une société du groupe).

3. Dettes intragroupe

92. Les dettes intragroupe peuvent être traitées de différentes manières. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les opérations intragroupe peuvent faire l'objet d'actions en annulation. Dans certaines lois sur l'insolvabilité qui prévoient le regroupement, la décision de regroupement met fin aux obligations intragroupe. D'autres solutions consistent à distinguer les opérations intragroupe des opérations analogues entre parties non apparentées (par exemple une créance peut être considérée comme une participation au capital et non comme un prêt intragroupe), en conséquence de quoi l'obligation intragroupe aura un rang de priorité inférieur à la même obligation entre parties non apparentées.

VI. Fin de la procédure

A. Décharge

1. On prend de plus en plus conscience dans certains milieux de la nécessité de reconnaître la défaillance des entreprises comme un élément normal de l'économie et d'admettre que tant les entreprises fragiles que les entreprises saines peuvent faire faillite, quoique pour des raisons différentes, et ce, sans que leurs dirigeants aient nécessairement été irresponsables, imprudents ou malhonnêtes. Il se peut que les personnes ayant échoué dans une entreprise aient tiré des leçons de cette expérience et certaines études montrent qu'elles réussissent souvent très bien par la suite dans d'autres entreprises commerciales. C'est pourquoi un certain nombre d'États ont estimé que leur régime de l'insolvabilité devait non seulement traiter de l'administration de la faillite, mais aussi viser à aider les débiteurs insolvables à prendre un nouveau départ en apurant leur situation financière et en prenant d'autres mesures propres à atténuer l'opprobre associé à la faillite, au lieu de les sanctionner. Il faut adapter la loi sur l'insolvabilité de manière à supprimer les conditions et restrictions inutiles imposées à la décharge, mais aussi encourager les banques et l'ensemble de la collectivité à considérer différemment la faillite, et aider et soutenir ceux qui sont impliqués dans une faillite. Parallèlement, le régime de l'insolvabilité doit protéger le public et la communauté commerciale des débiteurs qui ont mené leurs affaires financières de façon irresponsable, imprudente ou malhonnête.

2. Il est probable qu'un certain nombre de créanciers n'auront pas été payés intégralement une fois réparti le produit de la liquidation de la masse de l'insolvabilité. Une loi sur l'insolvabilité devra déterminer si ces créanciers conserveront une créance sur ce débiteur ou si le débiteur sera libéré ou "déchargé" de ces créances résiduelles

1. Décharge du débiteur dans la procédure de liquidation

a) Lorsque le débiteur est une personne morale

3. Lorsque le débiteur est une société à responsabilité limitée, la question de la décharge après liquidation ne se pose pas: la loi prévoit généralement la disparition de la personne morale, ou elle prévoit que celle-ci continue d'exister mais en tant que coquille vide. Les actionnaires ne seront pas responsables des créances résiduelles et la question de leur décharge ne se pose pas. Si l'entreprise du débiteur revêt une forme différente, par exemple s'il s'agit d'une entreprise individuelle, d'un groupe de personnes (société de personnes) ou d'une entité dont les propriétaires ont une responsabilité illimitée, il convient de

se demander si ces débiteurs en tant que personnes physiques seront toujours personnellement responsables des créances impayées après la liquidation.

b) Lorsque le débiteur est une personne physique

4. Les lois sur l'insolvabilité abordent différemment la question de la décharge d'un débiteur personne physique. Dans certaines, un débiteur insolvable ne peut être libéré qu'après remboursement de toutes ses dettes. Dans d'autres, il reste responsable des dettes impayées, sous réserve des délais de prescription (qui peuvent parfois être très longs, par exemple 10 ans) à l'expiration desquels une décharge est possible. Certaines de ces lois peuvent également imposer au débiteur un certain nombre de conditions et restrictions concernant ses activités professionnelles, commerciales et personnelles, par exemple en tant qu'administrateur d'une société. Ce type de règle privilégie la relation entre débiteur et créancier: le maintien de la responsabilité du débiteur après la liquidation vise à la fois à discipliner le comportement financier de ce dernier et à inciter les créanciers à accorder des concours financiers. Parallèlement, elle peut contribuer à restreindre les possibilités, l'innovation et l'activité entrepreneuriale car les sanctions sont sévères en cas de faillite et dissuadent les débiteurs de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

5. D'autres lois sur l'insolvabilité en revanche prévoient la décharge complète, immédiatement après la répartition du produit de la liquidation, du débiteur honnête qui n'a commis aucune fraude. Ce faisant, elles mettent l'accent sur l'avantage du "nouveau départ" qui résulte de la décharge et visent souvent à encourager le développement d'une classe d'entrepreneurs. Elles reconnaissent également que le surendettement est une réalité économique actuelle et qu'il devrait être pris en compte dans une loi sur l'insolvabilité. D'autres lois encore tentent de trouver un compromis: la décharge est accordée à l'expiration d'un certain délai après la répartition, pendant lequel le débiteur est tenu d'essayer de bonne foi de remplir ses obligations en cours.

6. Quelle que soit l'approche adoptée, toutes les lois limitent la faculté d'accorder une décharge dans certains cas. Ces cas varient d'une loi à l'autre, par exemple lorsque le débiteur a agi de manière frauduleuse; s'est livré à une activité délictueuse; a enfreint la législation du travail ou des lois relatives à l'environnement; n'a pas tenu les registres appropriés; n'a pas participé de bonne foi à la procédure d'insolvabilité ou n'a pas coopéré avec le représentant de l'insolvabilité; n'a pas communiqué des informations ou les a activement retenues ou dissimulées; a poursuivi ses activités commerciales alors qu'il se savait insolvable; a contracté des dettes alors qu'il ne pouvait raisonnablement escompter qu'il serait en mesure de les rembourser; et a dissimulé ou détruit des actifs ou des registres après le dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure.

7. La décharge peut être exclue pour certains types de dettes découlant par exemple d'une obligation d'indemnisation; d'une obligation alimentaire (pension versée au conjoint divorcé ou au profit des enfants du débiteur); d'actes frauduleux; d'amendes prononcées en substitution d'une peine d'emprisonnement; et d'obligations fiscales.

8. Certaines conditions peuvent également être imposées au débiteur et à ses activités pendant la procédure et pour l'obtention d'une décharge. Elles peuvent être recommandées par le représentant de l'insolvabilité ou par le tribunal. Elles peuvent consister notamment à restreindre la faculté du débiteur d'obtenir de nouveaux crédits; de quitter le territoire; d'exercer une activité commerciale pendant une période déterminée; ou d'exercer sa profession pendant une période déterminée. Elles peuvent également prévoir que la décharge sera accordée à condition que le débiteur n'acquière pas par la suite une importante fortune permettant de payer ses dettes antérieures. La durée d'application de ces dispositions varie en fonction de la situation du débiteur. Les autres restrictions adoptées par les lois sur l'insolvabilité portent sur le nombre de fois qu'une décharge peut être accordée à un débiteur. Dans certains pays, le débiteur ne peut en bénéficier qu'une seule fois; dans d'autres, il y a un délai d'attente minimum de 10 ans par exemple, avant qu'il puisse bénéficier d'une nouvelle décharge, ou même demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pouvant déboucher sur une nouvelle décharge. Enfin, une autre approche consiste à imposer des restrictions lorsque, par exemple, le débiteur a déjà bénéficié d'une décharge un certain temps avant l'ouverture de la procédure en cours et que les paiements effectués dans le cadre de la procédure antérieure ont été inférieurs à un pourcentage fixé.

9. Pour choisir entre ces différentes solutions, il faut mettre en balance l'objectif fondamental d'une loi sur l'insolvabilité et de la décharge avec la nécessité de sanctionner certains comportements. On pourrait distinguer entre des comportements inappropriés et éventuellement négligents et des comportements qui équivaudraient à des actes délictueux. Si l'objectif fondamental de la loi sur l'insolvabilité est de régler les difficultés financières du débiteur et le laisser prendre un nouveau départ pour encourager l'entrepreunariat et la prise de risque, un débiteur honnête et coopératif qui s'est acquitté des obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité peut bénéficier d'une décharge après liquidation avec quelques restrictions. Une approche consistant à imposer de lourdes restrictions à ce débiteur et à n'autoriser sa décharge qu'après expiration d'un long délai et sous réserve de nombreuses conditions montre que l'objectif principal est de punir et non de réhabiliter le débiteur. L'imposition de conditions et de restrictions pourrait être davantage indiquée lorsque le débiteur a été malhonnête, n'a pas coopéré avec le représentant de l'insolvabilité ou ne s'est pas acquitté des obligations qui lui incombent en vertu de la loi sur l'insolvabilité ou, dans des cas plus graves, lorsqu'il a commis une infraction.

10. Il faut également examiner, pour définir les conditions d'une décharge, le lien entre ces conditions et l'objectif fondamental de la décharge. L'imposition au débiteur de certaines conditions de portée générale, comme l'interdiction totale d'exercer des activités commerciales, peut constituer une sanction incompatible avec l'idée fondamentale de promouvoir un nouveau départ. Des conditions plus spécifiques, comme le fait de restreindre la faculté du débiteur de siéger au conseil d'administration, seraient sans doute plus appropriées, en particulier quand le débiteur était administrateur de l'entreprise devenue insolvable. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité impose des conditions et exclut la remise de certaines dettes, il est souhaitable que ces conditions et exclusions soient limitées au minimum. Dans la mesure du possible, les types de dettes exclues devraient être indiquées dans la loi sur l'insolvabilité pour assurer la transparence et la prévisibilité.

11. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'une décharge peut être accordée au début de la procédure (avant sa clôture) mais qu'elle peut être suspendue lorsque, par exemple, le débiteur ne s'acquitte pas d'une obligation, ou annulée si par exemple elle a été obtenue par fraude, si le débiteur a retenu frauduleusement des informations concernant des biens qui devraient entrer dans la masse ou s'il ne s'est pas plié aux décisions du tribunal.

12. S'agissant de la décharge des personnes physiques exerçant une activité commerciale, il faudrait peut-être tenir compte du recoupement entre l'endettement des entreprises et l'endettement des consommateurs. À cet égard, l'insolvabilité des personnes physiques fait l'objet d'approches différentes: dans certains États, une personne physique ne peut en aucun cas être déclarée faillie; dans d'autres, elle doit avoir agi en qualité de "commerçant". S'il est vrai que de nombreux États n'ont pas de système élaboré régissant l'insolvabilité des consommateurs, plusieurs autres en revanche ont adopté des lois sur l'insolvabilité qui s'efforcent de faire une distinction entre les dettes de simples consommateurs et les dettes découlant de l'activité de petites entreprises. Étant donné que le crédit à la consommation est souvent utilisé pour le financement d'une petite entreprise, comme capital de démarrage ou pour les fonds de fonctionnement, il n'est pas toujours possible de répartir les dettes dans des catégories bien définies. C'est pourquoi, lorsqu'un système juridique reconnaît l'endettement des consommateurs et celui des entreprises, il peut être impossible d'avoir pour les personnes physiques des règles différentes selon qu'il s'agit de dettes commerciales ou de dettes liées à la consommation.

13. Il est à noter que la décharge d'un débiteur personne physique est généralement sans incidence sur les engagements d'un tiers ayant garanti les obligations de ce débiteur.

2. Remise des dettes et de créances dans la procédure de redressement

14. Afin de donner au débiteur faisant l'objet d'un redressement les meilleures chances de succès, une loi sur l'insolvabilité peut reconnaître la remise ou le réaménagement des dettes et créances prévus dans le plan. Cette approche contribue à la sécurité commerciale en conférant un caractère contraignant aux remises, annulations ou réaménagements de dettes prévues dans le plan approuvé. Ce principe est particulièrement important pour garantir que les dispositions du plan seront respectées par les créanciers qui ont rejeté celui-ci et par ceux qui n'ont pas participé à la procédure. Il donne aussi aux autres prêteurs et investisseurs l'assurance qu'ils ne se trouveront pas impliqués dans une liquidation imprévue ou que leurs créances n'entreront pas en concurrence avec des créances cachées ou non divulguées. Ainsi, la décharge établit clairement que le plan tient pleinement compte des droits légaux des créanciers.

15. La décharge pourrait prendre effet à partir du moment où le plan de redressement prend lui-même effet conformément à la loi sur l'insolvabilité ou à compter du moment où il a été pleinement exécuté. Si le plan n'a pas pu être exécuté ou ne l'a pas été entièrement, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité d'annuler la décharge.

Recommandations 194 à 196

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant la décharge est:

a) De permettre à un débiteur personne physique d'être finalement libéré des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure afin qu'il puisse ainsi prendre un nouveau départ;

b) De déterminer les circonstances dans lesquelles une décharge sera accordée et quelles en seront les modalités.

Contenu des dispositions législatives

Décharge d'un débiteur personne physique dans la procédure de liquidation (par. 1, 2, 4 à 13)

194. Lorsqu'une personne physique remplit les conditions requises pour être considérée comme débiteur en vertu de la loi sur l'insolvabilité, la question de la remise des dettes antérieures à l'ouverture de la procédure devrait être traitée. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que la décharge ne peut pas s'appliquer avant l'expiration d'un délai spécifié à compter de l'ouverture de la procédure, le débiteur étant censé, en attendant, coopérer avec le représentant de l'insolvabilité. À l'expiration de ce délai, le débiteur peut être libéré lorsqu'il n'a pas agi de manière frauduleuse et a coopéré avec le représentant de l'insolvabilité en s'acquittant des obligations que lui impose la loi sur l'insolvabilité. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que la décharge est annulée lorsqu'elle a été obtenue de manière frauduleuse.

195. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exclut la remise de certaines dettes, celles-ci devraient être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ et devraient être clairement indiquées dans la loi.

196. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit que la décharge du débiteur peut être soumise à certaines conditions, celles-ci devraient être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ et être clairement indiquées dans la loi.

B. Clôture de la procédure

16. Les lois sur l'insolvabilité adoptent différentes approches quant à la manière de mettre fin à la procédure, aux conditions préalables à la clôture et aux formalités à accomplir. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité spécifie quelle partie peut demander la clôture de la procédure; si cette demande ainsi que la décision de clore la procédure doivent être publiées; et si les créanciers peuvent être entendus à propos de la demande.

1. Liquidation

17. Un certain nombre de lois sur l'insolvabilité exigent généralement que le représentant de l'insolvabilité, à l'issue de la réalisation des actifs et de la répartition de leur produit, convoque une assemblée des créanciers et leur présente une comptabilité finale. Si les créanciers approuvent cette comptabilité, certaines lois exigent simplement (lorsque le débiteur est une société), pour que l'entreprise débitrice soit dissoute, que les comptes finals et un rapport de l'assemblée finale soient déposés auprès de l'organisme administratif chargé de l'enregistrement des sociétés. D'autres lois exigent qu'une demande formelle soit adressée au tribunal pour qu'il ordonne la dissolution. Parfois, des modalités légèrement différentes sont prévues selon que la procédure est ouverte à la demande du débiteur ou des créanciers.

2. Redressement

18. En général, les lois sur l'insolvabilité adoptent l'un des trois modes de clôture de la procédure de redressement suivants. La procédure peut être réputée close lorsque le plan de redressement est approuvé (et homologué lorsqu'une telle homologation est exigée); lorsque les dettes ont été réglées conformément au plan et que ce dernier a par ailleurs été pleinement exécuté (qu'il soit ou non nécessaire d'obtenir une décision formelle du tribunal, encore que certaines lois disposent que le représentant de l'insolvabilité doit être libéré de ses obligations par une décision formelle du tribunal); ou si le tribunal abandonne la procédure parce qu'elle constituait un abus de la loi sur l'insolvabilité ou que le débiteur ne satisfaisait pas aux critères d'ouverture au moment de l'ouverture de la procédure.

19. La procédure peut également être close conformément aux dispositions du plan ou de tout autre accord contractuel avec les créanciers. Lorsque le plan de redressement n'est pas pleinement exécuté, la loi sur l'insolvabilité peut, en cas de violation grave des stipulations du plan par le débiteur ou d'impossibilité d'exécuter le plan, prévoir la possibilité pour le tribunal de convertir la procédure en liquidation, afin d'éviter que le débiteur ne reste insolvable, sa situation financière n'ayant pas été résolue. La loi sur l'insolvabilité peut également prévoir l'abandon de la procédure dans certains cas appropriés, par exemple lorsque les actifs restants sont tous grevés et que les créanciers chirographaires ne recevront rien. Suivant l'approche adoptée par le pays (voir plus haut, chap. IV, par. 72 à 75), la conversion peut revenir ou non à clore officiellement la procédure de redressement et à ouvrir la procédure de liquidation. Lorsque la procédure de redressement est close une fois que le plan a été approuvé (et homologué, lorsqu'une telle homologation est exigée), l'exécution des droits et obligations prévus dans le plan relèvera d'une autre loi que la loi sur l'insolvabilité.

Recommandations 197 et 198

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant la fin de la procédure d'insolvabilité est de déterminer les modalités de clôture de la procédure une fois que l'objectif de cette dernière a été atteint.

Contenu des dispositions législatives

Redressement (par. 18 et 19)

197. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les formalités nécessaires pour clore la procédure de redressement.

Liquidation (par. 16)

198. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les formalités nécessaires pour clore la procédure de liquidation à l'issue de la répartition définitive ou après qu'il a été constaté qu'aucune répartition n'était possible.

Annexe I

Traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité

Le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* ne contient pas de chapitre séparé consacré exclusivement au traitement des créanciers garantis durant la procédure d'insolvabilité mais examine cette question dans les différents thèmes qu'il aborde. Dans certaines situations, comme la constitution de la masse de l'insolvabilité, l'application de l'arrêt des poursuites et le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, il mentionne expressément les créanciers garantis et l'impact que peut avoir sur eux l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans d'autres situations, comme le sort réservé aux contrats, l'annulation d'opérations et les formalités de déclaration, vérification et admission des créances, les créanciers garantis bénéficieront du même traitement que tous les autres créanciers. La liste ci-après indique les sections (en précisant le numéro du ou des paragraphes du commentaire ainsi que de la ou des recommandations concernés) qui sont consacrées tout particulièrement aux créanciers garantis. Il faudrait néanmoins lire l'intégralité du *Guide* pour avoir une idée complète de la manière dont les créanciers garantis sont concernés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Section	*Paragraphes*	*Recommandation*
Première partie. Établir les principaux objectifs et la structure d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective		
I. Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective		
A.8 Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires	13	7
Deuxième partie. Dispositions essentielles d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective		
I. Demande d'ouverture et ouverture		
C.4 Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: exceptions à l'application de la *lex fori concursus*	88	31
II. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité		
A.2 Actifs entrant dans la masse de l'insolvabilité	7 à 12	35
B.2 Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites	27 à 29	
B.3 Portée de l'arrêt des poursuites	30 à 32, 36 à 40	
B.5 Moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites	49 et 53	
B.6 Durée de l'arrêt des poursuites	56 et 57	
B.8 Protection des créanciers garantis	59 à 69	39 a), 46 et 49 à 51
C.2 Utilisation et disposition des actifs	74, 83 à 86, 88 et 89	
C.4 Traitement du produit en espèces	92 et 93	52, 53, 58, 59 et 62

(Suite)

Section		*Paragraphes*	*Recommandation*
D.1	Besoin d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure	97	
D.3	Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure: octroi d'une priorité ou d'une sûreté réelle	101 à 106	65 à 67
F.3	Types d'opérations susceptibles d'annulation	180 et 181	88
G.	Droits de compensation (*set-off*)	206	
H.	Contrats financiers et compensation globale (*netting*)	215	103 et 104
III.	Participants		
C.2	Degré de participation des créanciers à la prise de décisions	87	
C.5	Questions devant être soumises au vote des créanciers	98	
C.6	Comité des créanciers	102 et 103	126
E.	Créanciers garantis	121 à 123	
IV.	Redressement		
A.3	Proposition d'un plan de redressement	11	
A.5	Approbation d'un plan	26, 29, 31 et 34 à 39	146 à 152
A.7	Lier les classes de créanciers opposantes	54	
A.8	Homologation d'un plan par le tribunal	58 et 62	
A.14	Conversion en liquidation	74	
B.3	Procédure d'exécution d'un accord volontaire de restructuration	86	
V.	Administration de la procédure		
A.2	Déclaration des créances	2 à 5	172 et 179
B.1	Priorités	57, 62 à 65 et 67 à 71	187
C.2	Responsabilité du groupe pour les dettes externes	91	

Annexe II

Décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution 59/40 de l'Assemblée générale

A. Décision de la Commission

1. À sa 792e séance, le 25 juin 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adopté la décision ci-après[a]:

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Consciente de l'importance pour tous les pays d'avoir un régime de l'insolvabilité solide, Reconnaissant qu'il est manifestement d'intérêt public de disposer d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace afin d'encourager le développement économique et l'investissement,

Notant qu'il est de plus en plus reconnu que les régimes de redressement sont essentiels au rétablissement des entreprises et à la reprise économique, au développement de l'entrepreneuriat, à la préservation de l'emploi et à l'offre de capital-risque,

Notant également que l'efficacité des régimes de redressement, alors que l'analyse comparative de ces régimes est de plus en plus courante et essentielle aux fins de l'octroi de prêts, a une incidence sur la disponibilité de financements sur le marché des capitaux, ce qui a des conséquences pour tous les pays quel que soit leur niveau de développement économique,

Notant en outre l'importance des questions de politique sociale, y compris les intérêts des parties prenantes dans l'entreprise d'un débiteur insolvable, pour la conception d'un régime de l'insolvabilité,

Considérant que les solutions aux grands problèmes économiques, juridiques et législatifs soulevés par l'insolvabilité qui sont négociées au niveau international avec la participation de nombreux acteurs seront utiles tant aux États qui ne disposent pas d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace qu'à ceux qui ont entrepris de revoir et de moderniser leur régime de l'insolvabilité,

Notant que le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (auquel la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[b] et le Guide pour son incorporation[c] sont annexés) et un guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties que le Groupe de travail VI (Sûretés) est en train d'élaborer, constitueront les éléments clefs d'un cadre pour un droit commercial moderne,

---

[a] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 55.

[b] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), annexe I.

[c] A/CN.9/442, annexe.

Rappelant que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) a reçu pour mandat de préparer un exposé détaillé des principaux objectifs et des caractéristiques essentielles d'un régime solide en matière d'insolvabilité et de relations entre débiteurs et créanciers, où serait examinée notamment la restructuration extrajudiciaire, ainsi qu'un guide législatif qui proposerait des approches souples pour la réalisation de ces objectifs et la concrétisation de ces caractéristiques, notamment en analysant les différentes solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients et en formulant des recommandations,

Se félicitant de la participation et du soutien apportés à l'élaboration du *Guide législatif* par des organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales œuvrant dans le domaine de la réforme du droit de l'insolvabilité,

Constatant avec satisfaction que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) ont collaboré entre eux et se sont attachés à trouver des solutions concordantes aux problèmes communs concernant le traitement des créanciers garantis et des sûretés réelles mobilières en cas d'insolvabilité,

Confirmant son intention de continuer à travailler en coordination et en coopération avec la Banque mondiale et le Fonds monétaire international pour faciliter l'élaboration d'un standard international unifié en matière de droit de l'insolvabilité,

Remerciant le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) des travaux qu'il a réalisés pour mettre au point le projet de guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité,

1. *Adopte* le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, qui comprend le texte contenu dans le document de travail du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)[d], tel que modifié dans la note du secrétariat du 30 avril 2004[e], avec les modifications qu'elle a adoptées à sa trente-septième session[f], ainsi que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[b] et le Guide pour son incorporation[c] qui y est annexé, et autorise le secrétariat à en éditer et à en finaliser le texte, en tenant compte de ses délibérations;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte du *Guide législatif* aux gouvernements et aux organismes intéressés;

3. *Recommande* aussi à tous les États d'utiliser le *Guide législatif* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime de l'insolvabilité et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieront leur législation sur l'insolvabilité ou en adopteront une, et invite les États qui ont utilisé le *Guide législatif* à l'en informer;

---

[d] A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part I et Part II).

[e] A/CN.9/559 et Add.1 à 3.

[f] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 12 à 53.

4. *Recommande* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

B. Résolution 59/40 de l'Assemblée générale

2. Le 2 décembre 2004, l'Assemblée générale a adopté la résolution ci-après:

Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le droit international

L'Assemblée générale,

Sachant l'importance que revêt pour tous les pays l'existence de régimes de l'insolvabilité solides, bien conçus et efficaces, car elle favorise le développement économique et encourage l'investissement,

Notant qu'il est de plus en plus largement admis que les régimes de redressement sont essentiels au rétablissement des entreprises et à la reprise économique, à l'accélération de la création d'entreprise, à la préservation de l'emploi et à l'offre de moyens de financement sur le marché des capitaux,

Notant également l'importance qui doit être accordée aux questions de politique sociale dans la conception d'un régime de l'insolvabilité,

Prenant note avec satisfaction de l'achèvement du *Guide législatif du droit de l'insolvabilité*, que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a élaboré, puis adopté à sa trente-septième session le 25 juin 2004[g],

Convaincue que le *Guide législatif*, où figure le texte de la Loi type sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour son incorporation, qu'elle a recommandés dans sa résolution 52/158 du 15 décembre 1997, contribue de manière importante à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé en matière d'insolvabilité et sera utile tant aux États qui ne disposent pas d'un régime de l'insolvabilité effectif et efficace qu'à ceux qui ont entrepris de revoir et de moderniser leur régime de l'insolvabilité,

Constatant qu'il faut que les organisations internationales qui travaillent à la réforme du droit de l'insolvabilité coopèrent et se coordonnent pour harmoniser et rendre cohérentes leurs activités et faciliter l'élaboration de normes internationales,

Notant que l'élaboration du *Guide législatif* a fait l'objet comme il convenait de délibérations et de consultations approfondies avec les gouvernements et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales qui travaillent à la réforme du droit de l'insolvabilité,

---

[g] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), chap. III.

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité*[g];

2. *Prie* le Secrétaire général de faire paraître le *Guide législatif*, de le faire connaître et de le diffuser largement;

3. *Recommande* à tous les États d'accorder l'attention voulue au *Guide législatif* lorsqu'ils évaluent l'efficience économique de leur régime de l'insolvabilité ou qu'ils révisent ou adoptent des lois touchant à l'insolvabilité;

4. *Recommande également* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale.

Annexe III

Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et Guide pour son incorporation

Table des matières

Page

Première partie. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

Préambule 327

Chapitre premier. Dispositions générales 327

Article premier. Champ d'application. 327
Article 2. Définitions 328
Article 3. Obligations internationales du présent État 328
Article 4. [*Tribunal ou autorité compétent*] 328
Article 5. Autorisation donnée à [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant*] d'agir dans un État étranger. 329
Article 6. Exception d'ordre public. 329
Article 7. Assistance additionnelle en vertu d'autres lois 329
Article 8. Interprétation de la présente Loi. 329

Chapitre II. Accès des représentants et des créanciers étrangers aux tribunaux du présent État 329

Article 9. Droit d'accès direct 329
Article 10. Compétence limitée 329
Article 11. Demande d'ouverture par le représentant étranger d'une procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] 330
Article 12. Participation du représentant étranger à une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] 330
Article 13. Accès des créanciers résidant à l'étranger à une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] 330
Article 14. Notification aux créanciers résidant à l'étranger d'une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] 331

Chapitre III. Reconnaissance de la procédure étrangère et mesures disponibles . . . 331

Article 15. Demande de reconnaissance de la procédure étrangère . . 331
Article 16. Présomptions concernant la reconnaissance. 332
Article 17. Décision de reconnaître une procédure étrangère 332
Article 18. Informations ultérieures 332

Page

Article 19. Mesures disponibles dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère 333
Article 20. Effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale. 333
Article 21. Mesures disponibles dès la reconnaissance d'une procédure étrangère. 334
Article 22. Protection des créanciers et des autres personnes intéressées 335
Article 23. Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers 335
Article 24. Intervention du représentant étranger dans les procédures ouvertes dans le présent État 335

Chapitre IV. Coopération avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers 335

Article 25. Coopération et communication directe entre le tribunal du présent État et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers 335
Article 26. Coopération et communication directe entre le [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant]* et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers 336
Article 27. Formes de la coopération 336

Chapitre V. Procédures concurrentes 336

Article 28. Ouverture d'une procédure en vertu [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale. . . . 336
Article 29. Coordination d'une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] et d'une procédure étrangère. 337
Article 30. Coordination de plusieurs procédures étrangères. 337
Article 31. Présomption de l'insolvabilité du débiteur fondée sur la reconnaissance d'une procédure étrangère principale. . . . 338
Article 32. Règle de paiement en cas de pluralité de procédures 338

Deuxième partie. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

		Paragraphes	*Page*
I.	Objet et origine de la Loi type.	1-8	339
	A. Objet de la Loi type	1-3	339
	B. Travaux préparatoires et adoption	4-8	340
II.	Objet du Guide	9-10	341
III.	La Loi type, moyen d'harmonisation des lois	11-12	342
IV.	Principales caractéristiques de la Loi type	13-48	342
	A. Historique	13-19	342

			Paragraphes	*Page*
	B.	Intégration de la Loi type dans la législation nationale existante	20-21	344
	C.	Champ d'application de la Loi type	22	345
	D.	Types de procédures étrangères visées	23-25	345
	E.	Assistance étrangère pour les procédures d'insolvabilité ouvertes dans l'État adoptant	26-27	345
	F.	Accès du représentant étranger aux tribunaux de l'État adoptant	28-29	346
	G.	Reconnaissance des procédures étrangères	30-37	346
	H.	Coopération internationale	38-41	348
	I.	Coordination des procédures concurrentes	42-48	349
V.	Remarques		49	350
	A.	Titre	49-53	350
	B.	Préambule	54-56	351
	C.	Chapitre premier. Dispositions générales	57-92	352
		Article premier. Champ d'application	57-66	352
		Article 2. Définitions	67-75	354
		Article 3. Obligations internationales du présent État	76-78	357
		Article 4. [*Tribunal ou autorité compétent*]	79-83	358
		Article 5. Autorisation donnée [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant*] d'agir dans un État étranger	84-85	359
		Article 6. Exception d'ordre public	86-89	360
		Article 7. Assistance additionnelle en vertu d'autres lois	90	361
		Article 8. Interprétation de la présente Loi	91-92	361
	D.	Chapitre II. Accès des représentants et des créanciers étrangers aux tribunaux du présent État	93-111	362
		Article 9. Droit d'accès direct	93	362
		Article 10. Compétence limitée	94-96	363
		Article 11. Demande d'ouverture par le représentant étranger d'une procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*]	97-99	364
		Article 12. Participation du représentant étranger à une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*]	100-102	364
		Article 13. Accès des créanciers résidant à l'étranger à une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*]	103-105	365
		Article 14. Notification aux créanciers résidant à l'étranger d'une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*]	106-111	367

		Paragraphes	*Page*
E.	Chapitre III. Reconnaissance de la procédure étrangère et mesures disponibles	112-172	369
	Article 15. Demande de reconnaissance de la procédure étrangère	112-121	369
	Article 16. Présomptions concernant la reconnaissance	122-123	373
	Article 17. Décision de reconnaître une procédure étrangère	124-132	373
	Article 18. Informations ultérieures	133-134	375
	Article 19. Mesures disponibles dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère	135-140	376
	Article 20. Effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale	141-153	378
	Article 21. Mesures disponibles dès la reconnaissance d'une procédure étrangère	154-160	382
	Article 22. Protection des créanciers et des autres personnes intéressées	161-164	384
	Article 23. Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers	165-167	386
	Article 24. Intervention du représentant étranger dans les procédures ouvertes dans le présent État	168-172	387
F.	Chapitre IV. Coopération avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers	173-183	388
	Article 25. Coopération et communication directe entre le tribunal du présent État et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers	179	389
	Article 26. Coopération et communication directe entre le [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant*] et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers	180	390
	Article 27. Formes de la coopération	181-183	390
G.	Chapitre V. Procédures concurrentes	184-200	391
	Article 28. Ouverture d'une procédure en vertu [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale	184-187	391
	Article 29. Coordination d'une procédure ouverte en vertu [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] et d'une procédure étrangère	188-191	393
	Article 30. Coordination de plusieurs procédures étrangères	192-193	395
	Article 31. Présomption de l'insolvabilité du débiteur fondée sur la reconnaissance d'une procédure étrangère principale	194-197	396

		Paragraphes	*Page*
	Article 32. Règle de paiement en cas de pluralité de procédures	198-200	397
VI.	Assistance du secrétariat de la CNUDCI	201-202	398
	A. Aide à l'élaboration d'une législation	201	398
	B. Information sur l'interprétation de la législation fondée sur la Loi type	202	398
Appendice	Résolution 52/158 de l'Assemblée générale du 15 décembre 1997		398

Première partie. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

Préambule

La présente Loi a pour objet d'offrir des moyens efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité internationale, afin de promouvoir les objectifs suivants:

a) Assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes du présent État et des États étrangers intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale;

b) Garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;

c) Administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;

d) Protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur; et

e) Faciliter le redressement des entreprises en difficultés financières, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.

Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

1. La présente Loi s'applique:

a) Lorsqu'une assistance est demandée dans le présent État par un tribunal étranger ou un représentant étranger en ce qui concerne une procédure étrangère; ou

b) Lorsqu'une assistance est demandée dans un État étranger en ce qui concerne une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*]; ou

c) Lorsqu'une procédure étrangère et une procédure concernant le même débiteur, ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], ont lieu concurremment; ou

d) Lorsqu'il est de l'intérêt des créanciers ou des autres parties intéressées dans un État étranger de demander l'ouverture d'une procédure ou de participer à ladite procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*].

2. La présente Loi ne s'applique pas à une procédure concernant [*désigner tous types d'entités, telles que les banques ou compagnies d'assurance, qui sont soumises à régime spécial en matière d'insolvabilité dans le présent État et que le présent État souhaite exclure du champ d'application de la présente Loi*].

Article 2. Définitions

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "procédure étrangère" désigne une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation;

b) Le terme "procédure étrangère principale" désigne une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux;

c) Le terme "procédure étrangère non principale" désigne une procédure étrangère, autre qu'une procédure étrangère principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa *f)* du présent article;

d) Le terme "représentant étranger" désigne une personne ou un organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère;

e) Le terme "tribunal étranger" désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère;

f) Le terme "établissement" désigne tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services.

Article 3. Obligations internationales du présent État

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État découlant d'un traité ou de toute autre forme d'accord auquel l'État est partie avec un ou plusieurs autres États, les dispositions du traité ou de l'accord prévalent.

Article 4. [Tribunal ou autorité compétent][a]

Les fonctions visées dans la présente Loi relatives à la reconnaissance des procédures étrangères et à la coopération avec les tribunaux étrangers sont exercées par [*préciser le tribunal, les tribunaux, l'autorité ou les autorités compétents pour s'acquitter de ces fonctions dans l'État adoptant*].

---

[a] L'État dans lequel certaines fonctions liées aux procédures d'insolvabilité ont été dévolues à des fonctionnaires ou à des organes désignés par le gouvernement pourrait souhaiter inclure dans l'article 4, ou ailleurs dans le chapitre premier, la disposition suivante:

Aucune disposition de la présente Loi ne porte atteinte aux dispositions régissant, dans le présent État, les pouvoirs d'[*insérer le titre de la personne ou de l'organe désignés par le gouvernement*].

Article 5. Autorisation donnée à [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant] *d'agir dans un État étranger*

Un(e) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant*] est autorisé(e) à agir dans un État étranger au titre d'une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], dans la mesure où la loi étrangère applicable le permet.

Article 6. Exception d'ordre public

Aucune disposition de la présente Loi n'interdit au tribunal de refuser de prendre une mesure régie par cette Loi, lorsque ladite mesure serait manifestement contraire à l'ordre public du présent État.

Article 7. Assistance additionnelle en vertu d'autres lois

Aucune disposition de la présente Loi ne limite le pouvoir d'un tribunal ou d'un(e) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe administrant un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant*] de fournir une assistance additionnelle à un représentant étranger en vertu d'autres lois du présent État.

Article 8. Interprétation de la présente Loi

Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

Chapitre II. Accès des représentants et des créanciers étrangers aux tribunaux du présent État

Article 9. Droit d'accès direct

Un représentant étranger est habilité à s'adresser directement à un tribunal du présent État.

Article 10. Compétence limitée

Le seul fait qu'une demande soit présentée par un représentant étranger en vertu de la présente Loi à un tribunal du présent État ne soumet pas ledit représentant ni les biens ou affaires du débiteur à l'étranger à la compétence des tribunaux du présent État pour d'autres fins que celles indiquées dans la demande.

Article 11. Demande d'ouverture par le représentant étranger d'une procédure en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

Un représentant étranger est habilité à demander l'ouverture d'une procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] si les conditions d'ouverture d'une telle procédure sont par ailleurs réunies.

Article 12. Participation du représentant étranger à une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger est habilité à participer à une procédure concernant le débiteur ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*].

Article 13. Accès des créanciers résidant à l'étranger à une procédure ouverture en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, les créanciers résidant à l'étranger ont, en ce qui concerne l'ouverture d'une procédure et la participation à cette procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], les mêmes droits que les créanciers résidant dans le présent État.

2. Le paragraphe 1 du présent article ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances dans une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], à ceci près que les créances du créancier résidant à l'étranger n'ont pas un rang de priorité inférieur à [*identifier la catégorie des créances non préférentielles non garanties et indiquer que les créances étrangères doivent avoir un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties, si des créances locales équivalentes (par exemple, créances découlant d'une sanction pécuniaire et créances dont le paiement a été différé) ont un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties*][b].

---

[b]L'État adoptant pourra envisager de remplacer le paragraphe 2 de l'article 13 par le texte suivant:

"2. Le paragraphe 1 du présent article ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances dans une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], ni à l'exclusion d'une telle procédure des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers. Néanmoins, les créances des créanciers résidant à l'étranger autres que celles qui se rapportent aux obligations fiscales et de sécurité sociale n'ont pas un rang de priorité inférieur à [*identifier la catégorie des créances non préférentielles non garanties et indiquer que les créances étrangères doivent avoir un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties, si des créances locales équivalentes (par exemple, créances découlant d'une sanction pécuniaire et créances dont le paiement a été différé) ont un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties*]."

Article 14. Notification aux créanciers résidant à l'étranger d'une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

1. Lorsqu'en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], notification doit être donnée aux créanciers résidant dans le présent État, notification est également donnée aux créanciers connus qui n'y ont pas d'adresse. Le tribunal peut ordonner que des mesures appropriées soient prises pour aviser tout créancier dont l'adresse n'est pas encore connue.

2. Cette notification est adressée individuellement aux créanciers résidant à l'étranger, à moins que le tribunal ne juge, en fonction des circonstances, qu'une autre forme de notification serait plus appropriée. Aucune commission rogatoire ou autre formalité similaire n'est requise.

3. Lorsque la notification d'une procédure doit être adressée à des créanciers résidant à l'étranger, la notification doit:

a) Indiquer un délai raisonnable à observer pour la production des créances et spécifier le lieu où elles doivent être produites;

b) Indiquer si les créanciers dont la créance est assortie d'une sûreté doivent produire ladite créance; et

c) Contenir toute autre information requise pour la notification aux créanciers conformément à la loi du présent État et aux décisions du tribunal.

Chapitre III. Reconnaissance de la procédure étrangère et mesures disponibles

Article 15. Demande de reconnaissance de la procédure étrangère

1. Un représentant étranger peut demander au tribunal de reconnaître la procédure étrangère dans le cadre de laquelle le représentant étranger a été désigné.

2. Une demande de reconnaissance doit être accompagnée:

a) D'une copie certifiée conforme de la décision d'ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger; ou

b) D'un certificat du tribunal étranger attestant l'ouverture de la procédure étrangère et la désignation du représentant étranger; ou

c) En l'absence des preuves visées aux alinéas *a)* et *b)*, de toute autre preuve de l'ouverture de la procédure étrangère et de la désignation du représentant étranger susceptible d'être acceptée par le tribunal.

3. Une demande de reconnaissance est également accompagnée d'une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur qui sont connues du représentant étranger.

4. Le tribunal peut exiger la traduction des documents fournis à l'appui de la demande de reconnaissance dans une langue officielle du présent État.

Article 16. Présomptions concernant la reconnaissance

1. Si la décision ou le certificat visés au paragraphe 2 de l'article 15 indiquent que la procédure étrangère est une procédure au sens de l'alinéa *a)* de l'article 2 et que le représentant étranger est une personne ou un organe au sens de l'alinéa *d)* de l'article 2, le tribunal peut présumer qu'il en est ainsi.

2. Le tribunal est habilité à présumer que les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance sont authentiques, qu'ils aient ou non été légalisés.

3. Sauf preuve contraire, le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux.

Article 17. Décision de reconnaître une procédure étrangère

1. Sans préjudice des dispositions de l'article 6, une procédure étrangère est reconnue si:

a) La procédure étrangère est une procédure au sens de l'alinéa *a)* de l'article 2;

b) Le représentant étranger demandant la reconnaissance est une personne ou un organe au sens de l'alinéa *d)* de l'article 2;

c) La demande satisfait aux exigences du paragraphe 2 de l'article 15; et

d) La demande a été soumise au tribunal visé à l'article 4.

2. La procédure étrangère est reconnue:

a) En tant que procédure étrangère principale si elle a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux; ou

b) En tant que procédure étrangère non principale si le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa *f)* de l'article 2 dans l'État étranger.

3. La décision relative à une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère est rendue le plus tôt possible.

4. Les dispositions des articles 15, 16, 17 et 18 n'empêchent pas la modification ou la cessation de la reconnaissance s'il apparaît que les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu'ils ont cessé d'exister.

Article 18. Informations ultérieures

À compter de la présentation de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger informe rapidement le tribunal:

a) De toute modification substantielle du statut de la procédure étrangère reconnue ou du statut de la nomination du représentant étranger; et

b) De toute autre procédure étrangère concernant le débiteur qui a été portée à sa connaissance.

Article 19. Mesures disponibles dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère

1. Entre l'introduction d'une demande de reconnaissance et le prononcé de la décision relative à la reconnaissance, lorsqu'il est urgent de prendre des mesures pour protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, le tribunal peut, à la demande du représentant étranger, prendre les mesures provisoires suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur;

b) Confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur situés dans le présent État au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal, afin de protéger et préserver la valeur de ces biens lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, ils sont périssables, susceptibles de se dévaluer, ou autrement menacés;

c) Accorder toutes mesures visées aux alinéas *c), d)* et *g)* du paragraphe 1 de l'article 21.

2. [*Insérer les dispositions (ou mentionner les dispositions en vigueur dans l'État adoptant) relatives à la notification*].

3. À moins qu'elles ne soient prolongées en vertu de l'alinéa *f)* du paragraphe 1 de l'article 21, les mesures accordées conformément au présent article cessent dès qu'il est statué sur la demande de reconnaissance.

4. Le tribunal peut refuser d'accorder les mesures visées au présent article si ces mesures risquent d'entraver l'administration de la procédure étrangère principale.

Article 20. Effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale

1. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère qui est une procédure étrangère principale,

a) L'ouverture des actions ou des procédures individuelles visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues; et

c) Le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement, est suspendu.

2. La portée et la modification ou la cessation des mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 du présent article sont subordonnées [*se référer à toutes dispositions de la loi de l'État adoptant relative à l'insolvabilité applicables aux exceptions ou restrictions concernant les mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 du présent article, ainsi qu'à la modification ou à la cessation desdites mesures*].

3. L'alinéa *a)* du paragraphe 1 du présent article n'affecte pas le droit d'engager des actions ou procédures individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur.

4. Le paragraphe 1 du présent article n'affecte pas le droit de demander l'ouverture d'une procédure [*en vertu des lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] ou le droit de produire des créances dans une telle procédure.

Article 21. Mesures disponibles dès la reconnaissance d'une procédure étrangère

1. Lorsqu'il est nécessaire de protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, le tribunal peut, dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, principale ou non principale, accorder, à la demande du représentant étranger, toute mesure appropriée, notamment:

a) Interdire l'ouverture des actions individuelles ou des procédures individuelles concernant les biens, les droits ou les obligations du débiteur ou suspendre lesdites actions ou procédures, dans la mesure où cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application de l'alinéa *a)* du paragraphe 1 de l'article 20;

b) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les biens du débiteur, si cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 20;

c) Suspendre le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement, dans la mesure où ce droit n'a pas été suspendu en application de l'alinéa *c)* du paragraphe 1 de l'article 20;

d) Faire interroger des témoins, recueillir des preuves ou fournir des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur;

e) Confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur, situés dans le présent État, au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal;

f) Prolonger les mesures accordées en application du paragraphe 1 de l'article 19;

g) Accorder toute autre mesure que pourrait prendre [*insérer le titre d'une personne ou d'un organe administrant un redressement ou une liquidation en vertu des lois de l'État adoptant*] en vertu des lois du présent État.

2. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, principale ou non principale, le tribunal peut, à la demande du représentant étranger, confier la distribution de tout ou partie des biens du débiteur situés dans le présent État au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal, si le tribunal estime que les intérêts des créanciers se trouvant dans le présent État sont suffisamment protégés.

3. Lorsqu'il accorde une mesure en vertu du présent article au représentant d'une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que la mesure accordée se rapporte à des biens qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure.

Article 22. Protection des créanciers et des autres personnes intéressées

1. Lorsqu'il accorde ou refuse toute mesure conformément à l'article 19 ou 21, ou lorsqu'il modifie ou fait cesser les mesures accordées en application du paragraphe 3 du présent article, le tribunal doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés.

2. Le tribunal peut subordonner aux conditions qu'il juge appropriées toute mesure accordée conformément à l'article 19 ou 21.

3. Le tribunal, statuant à la demande du représentant étranger ou de toute personne physique ou morale lésée par toute mesure accordée en vertu de l'article 19 ou 21, ou statuant d'office, peut modifier ou faire cesser ladite mesure.

Article 23. Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers

1. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger a capacité pour engager [*indiquer les types d'actions que peut engager une personne ou un organe administrant un redressement ou une liquidation dans le présent État pour annuler ou rendre sans effet de toute autre manière les actes préjudiciables aux créanciers*].

2. Lorsque la procédure étrangère est une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que l'action se rapporte à des biens qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale.

Article 24. Intervention du représentant étranger dans les procédures ouvertes dans le présent État

Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger peut, si les conditions prévues par la loi du présent État sont réunies, intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie.

Chapitre IV. Coopération avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers

Article 25. Coopération et communication directe entre le tribunal du présent État et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

1. En ce qui concerne les questions visées à l'article premier, le tribunal coopère dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un(e) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant*].

2. Le tribunal est habilité à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, ou à leur demander directement des informations ou une assistance.

Article 26. Coopération et communication directe entre le [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant] *et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers*

1. En ce qui concerne les questions visées à l'article premier, un(e) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant*], dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, coopère dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers.

2. Dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, le (la) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant*] est habilité(e) à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers.

Article 27. Formes de la coopération

La coopération visée aux articles 25 et 26 peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal;

b) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal;

c) La coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur;

d) L'approbation ou l'application par les tribunaux des accords concernant la coordination des procédures;

e) La coordination des procédures concurrentes concernant le même débiteur;

f) [*L'État adoptant voudra peut-être énumérer des formes supplémentaires ou des exemples de coopération*].

Chapitre V. Procédures concurrentes

Article 28. Ouverture d'une procédure en vertu [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] *après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale*

Après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, une procédure ne peut être ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] que si le débiteur a des biens dans le présent État; les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur qui sont situés dans le présent État et, dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination visées aux articles 25, 26 et 27, aux autres biens du débiteur qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans cette procédure.

Article 29. Coordination d'une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] *et d'une procédure étrangère*

Lorsqu'une procédure étrangère et une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] ont lieu concurremment à l'encontre du même débiteur, le tribunal s'efforce d'assurer la coopération et la coordination visées aux articles 25, 26 et 27, aux conditions suivantes:

a) Lorsque la procédure ouverte dans le présent État est en cours au moment où est introduite la demande de reconnaissance de la procédure étrangère,

i) Toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 doit être conforme à la procédure ouverte dans le présent État; et

ii) Si la procédure étrangère est reconnue dans le présent État en tant que procédure étrangère principale, l'article 20 ne s'applique pas;

b) Lorsque la procédure ouverte dans le présent État est entamée après la reconnaissance de la procédure étrangère ou après l'introduction de la demande de reconnaissance de ladite procédure,

i) Toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 est réexaminée par le tribunal et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure ouverte dans le présent État; et

ii) Si la procédure étrangère est une procédure étrangère principale, les mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 de l'article 20 sont modifiées ou levées conformément au paragraphe 2 de l'article 20 si elles ne sont pas conformes à la procédure ouverte dans le présent État;

c) Lorsqu'il octroie, prolonge ou modifie une mesure accordée au représentant d'une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que la mesure porte sur des biens qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure.

Article 30. Coordination de plusieurs procédures étrangères

Pour les questions visées à l'article premier, lorsque plusieurs procédures étrangères ont été ouvertes à l'encontre du même débiteur, le tribunal s'efforce d'assurer la coopération et la coordination visées aux articles 25, 26 et 27, aux conditions suivantes:

a) Toute mesure accordée en vertu des articles 19 ou 21 au représentant d'une procédure étrangère non principale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale doit être conforme à la procédure étrangère principale;

b) Si une procédure étrangère principale est reconnue après la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale ou après l'introduction d'une demande de reconnaissance d'une telle procédure, toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 est réexaminée par le tribunal et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure étrangère principale;

c) Si, après la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale, une autre procédure étrangère non principale est reconnue, le tribunal accorde, modifie ou fait cesser les mesures accordées, dans le but de faciliter la coordination des procédures.

Article 31. Présomption de l'insolvabilité du débiteur fondée sur la reconnaissance d'une procédure étrangère principale

Sauf preuve contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale atteste, aux fins de l'ouverture d'une procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], que le débiteur est insolvable.

Article 32. Règle de paiement en cas de pluralité de procédures

Sans préjudice des droits des titulaires de créances assorties de sûretés ou des droits réels, un créancier ayant obtenu satisfaction partielle en ce qui concerne sa créance dans une procédure ouverte conformément à une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger ne peut être payé pour la même créance dans une procédure concernant le même débiteur ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] tant que le paiement accordé aux créanciers de même rang est proportionnellement inférieur au paiement que ledit créancier a déjà obtenu.

Deuxième partie. Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

I. Objet et origine de la Loi type

A. Objet de la Loi type

1. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, adoptée en 1997, a pour objectif d'aider les États à donner à leur législation sur l'insolvabilité un cadre moderne, harmonisé et équitable, en vue de traiter plus efficacement les cas d'insolvabilité internationale, c'est-à-dire les cas où le débiteur insolvable dispose de biens dans plus d'un État ou lorsque certains des créanciers du débiteur ne sont pas de l'État où la procédure d'insolvabilité a été ouverte.

2. La Loi type reflète, en matière d'insolvabilité internationale, les pratiques caractéristiques de systèmes d'insolvabilité modernes et efficaces. Aussi, les États qui l'adopteront (les "États adoptants") introduiront-ils certains ajouts et améliorations utiles à leurs régimes nationaux d'insolvabilité visant à résoudre les problèmes qui se posent dans les cas d'insolvabilité internationale. La Loi type sera utile tant aux juridictions qui ont à traiter couramment de nombreuses affaires d'insolvabilité internationale qu'à celles qui souhaitent bien se préparer à cette éventualité de plus en plus probable.

3. La Loi type respecte les différences entre les règles de procédure nationales et ne tente pas d'unifier quant au fond les législations sur l'insolvabilité. Elle offre des solutions qui peuvent être utiles à plusieurs titres, modestes mais importants:

a) En assurant l'accès de la personne administrant une procédure d'insolvabilité étrangère ("le représentant étranger") aux tribunaux de l'État adoptant, ce qui lui permet de demander un "répit" et donne aux tribunaux la possibilité de déterminer quelle coordination assurer entre les juridictions ou quelles autres mesures accorder pour régler au mieux l'insolvabilité;

b) En déterminant dans quel cas une procédure d'insolvabilité étrangère doit se voir accorder la "reconnaissance" et quelles peuvent être les conséquences de cette reconnaissance;

c) En prévoyant un régime transparent pour ce qui est du droit des créanciers étrangers d'entamer une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant, ou d'y participer;

d) En autorisant les tribunaux de l'État adoptant à coopérer plus efficacement avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers participant à une insolvabilité;

e) En autorisant les tribunaux de l'État adoptant et les personnes administrant une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant à demander une assistance à l'étranger;

f) En déterminant la compétence des tribunaux et en établissant des règles de coordination en cas de procédures d'insolvabilité concurrentes dans l'État adoptant et un État étranger;

g) En établissant des règles pour la coordination des mesures accordées dans l'État adoptant en faveur de deux procédures d'insolvabilité ou plus pouvant être ouvertes dans des États étrangers à l'encontre du même débiteur.

B. Travaux préparatoires et adoption

4. Le projet a été lancé par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), en étroite coopération avec INSOL[c]. Il a bénéficié de l'avis des experts de l'INSOL pendant les différentes étapes des travaux préparatoires. En outre, pendant l'élaboration de la Loi, le Comité J (Insolvabilité) de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau a aussi offert des avis consultatifs.

5. Avant de décider d'entreprendre des travaux sur l'insolvabilité internationale, la CNUDCI avait organisé avec INSOL deux colloques internationaux à l'intention des praticiens de l'insolvabilité, des juges, des hauts fonctionnaires et des représentants d'autres secteurs intéressés[d]. Il a été suggéré, à l'issue de ces colloques, que les travaux de la Commission aient pour objectif limité mais utile, tout au moins dans un premier temps, de faciliter la coopération judiciaire, l'accès des administrateurs d'insolvabilité aux tribunaux et la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères.

6. Lorsque la CNUDCI a décidé, en 1995, d'élaborer un instrument juridique relatif à l'insolvabilité internationale, elle a confié cette tâche au Groupe de travail sur l'insolvabilité, qui est l'un de ses trois organes subsidiaires[e]. Ce groupe de travail a consacré quatre sessions de deux semaines aux travaux sur le projet[f].

---

[c]Aujourd'hui appelé INSOL International.

[d]Le premier a été le Colloque CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité, tenu à Vienne du 17 au 19 avril 1994 (pour le rapport sur le Colloque, voir l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XXV: 1994* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), document A/CN.9/398; pour le compte rendu des travaux du Colloque, voir la International Solvency Review, Special Conference Issue, vol. 4, 1995; et pour les observations de la CNUDCI sur le Colloque, voir les *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 215 à 222). Le deuxième Colloque sur le sujet, organisé dans le but de solliciter les vues des juges, s'est tenu à Toronto les 22 et 23 mars 1995 (pour le rapport sur le Colloque judiciaire, voir l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XXVI: 1995* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.96.V.8), document A/CN.9/413; et pour les observations de la CNUDCI concernant ce Colloque judiciaire, voir les *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 382 à 393).

[e]Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17 (A/50/17), par. 392 et 393.

[f]Pour le rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa dix-huitième session, tenue à Vienne du 30 octobre au 10 novembre 1995, voir l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XXVII: 1996* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), document A/CN.9/419 et Corr.1; pour le rapport sur sa dix-neuvième session, tenue à New York du 1er au 12 avril 1996, voir l'*Annuaire de la Commission*

7. En mars 1997 s'est tenue une autre réunion internationale de praticiens visant à examiner le projet de texte établi par le Groupe de travail. Les participants (en grande partie des juges, des administrateurs judiciaires et des hauts fonctionnaires) ont généralement estimé que la législation type, une fois adoptée, constituerait une amélioration considérable dans le traitement des affaires d'insolvabilité internationale[g].

8. Les négociations finales sur le projet de texte ont eu lieu au cours de la trentième session de la CNUDCI, tenue à Vienne, du 12 au 30 mai 1997. Sa Loi type a été adoptée par consensus le 30 mai 1997[h]. Outre les 36 États membres de la Commission, des représentants de 40 États observateurs et de 13 organisations internationales ont participé aux délibérations de la Commission et du Groupe de travail. Le 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a adopté la résolution 52/158 (voir appendice), dans laquelle elle a exprimé sa gratitude à la CNUDCI pour avoir mis au point et adopté la Loi type.

II. Objet du Guide

9. La CNUDCI a estimé que la Loi type constituerait un outil plus efficace pour les législateurs si elle était accompagnée d'informations générales et d'explications. Ces dernières seraient destinées essentiellement à l'exécutif et aux législateurs pour la préparation des révisions législatives nécessaires mais elles seraient également utiles à d'autres utilisateurs du texte tels que les juges, les praticiens et les universitaires. Elles pourraient également aider les États à déterminer celles des dispositions qui devraient, le cas échéant, être modifiées afin d'être adaptées à leur situation particulière.

10. Le présent *Guide*, qui a été établi par le secrétariat conformément à la demande formulée par la CNUDCI à la fin de sa trentième session en 1997, est fondé sur les délibérations et les décisions de cette session[i], à laquelle la Loi type a été adoptée ainsi que sur les délibérations du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui a effectué les travaux préparatoires.

---

des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XXVII: 1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), document A/CN.9/422; et pour le rapport sur sa vingtième session, tenue à Vienne du 7 au 18 octobre 1996, voir l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XXVIII: 1997* (publication des Nations Unies à paraître), document A/CN.9/433; et pour le rapport sur sa vingt et unième session, tenue à New York du 20 au 31 janvier 1997, voir l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. XXVIII: 1997* (publication des Nations Unies à paraître), document A/CN.9/435.

[g]Le deuxième Colloque judiciaire multinational CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité s'est tenu les 22 et 23 mars 1997 à La Nouvelle-Orléans en même temps que le cinquième Congrès mondial d'INSOL qui s'est tenu dans la même ville du 23 au 26 mars 1997. Un bref compte rendu des travaux du Colloque figure dans le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trentième session, tenue à Vienne du 12 au 30 mai 1997 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 17 à 22).

[h]Pour les débats, voir Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 12 à 225.

[i]Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 220.

III. La Loi type, moyen d'harmonisation des lois

11. Une loi type est un texte législatif qu'il est recommandé aux États d'incorporer dans leur droit national. Contrairement à une convention internationale, une loi type ne contraint pas l'État qui l'adopte à en aviser l'Organisation des Nations Unies ou d'autres États qui peuvent l'avoir également adoptée.

12. Lorsqu'il incorpore le texte de la loi type dans son système, un État peut le modifier ou supprimer certaines des dispositions. Dans le cas d'une convention, les possibilités de modification du texte uniforme par les États parties (appelées généralement "réserves") sont beaucoup plus restreintes; les conventions en matière de droit commercial, en particulier, interdisent habituellement toutes réserves ou n'en autorisent que certaines bien précises. La souplesse inhérente à une loi type est particulièrement souhaitable lorsqu'il y a lieu de penser que l'État désirera apporter diverses modifications au texte uniforme avant d'accepter de l'incorporer dans son droit national. Certaines modifications sont probables, notamment lorsque le texte uniforme est étroitement lié au système procédural et judiciaire national (ce qui est le cas pour la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). Du fait de cette souplesse, cependant, une loi type offrira, selon toute probabilité, un degré et une assurance d'harmonisation moins grands qu'une convention. C'est pourquoi il est recommandé aux États d'apporter aussi peu de changements que possible au texte de la Loi type en l'incorporant dans leurs systèmes juridiques.

IV. Principales caractéristiques de la Loi type

A. Historique

13. L'augmentation du nombre d'insolvabilités internationales tient à l'expansion constante des échanges et des investissements dans le monde. Mais les législations nationales de l'insolvabilité n'ont, dans une large mesure, pas suivi le rythme de cette évolution et sont souvent mal adaptées aux cas internationaux. Aussi, les approches juridiques adoptées ne sont-elles souvent ni appropriées ni uniformes, ce qui nuit au redressement d'entreprises en difficulté financière, ne favorise pas une administration équitable et efficace des insolvabilités internationales, entrave la protection des biens du débiteur insolvable contre toute dispersion, et empêche une maximisation de la valeur de ces biens. En outre, l'absence de prévisibilité dans le traitement des affaires d'insolvabilité internationale nuit aux flux de capitaux et décourage les investissements internationaux.

14. La fraude à laquelle se livrent les débiteurs insolvables, en particulier en dissimulant des biens ou en les transférant dans des juridictions étrangères, devient un problème de plus en plus grave, tant par sa fréquence que par son ampleur. Le développement de l'interconnexion dans notre monde moderne facilite la conception et la réalisation de ces activités frauduleuses. Les mécanismes de coopération internationale établis par la Loi type visent à faire face à ce problème.

15. Seul un nombre limité d'États disposent, pour le traitement des insolvabilités internationales, d'un cadre législatif bien adapté aux besoins des échanges et des investissements internationaux. Diverses techniques et notions sont employées en

l'absence d'un cadre législatif ou conventionnel particulier pour traiter des insolvabilités internationales. Il s'agit de l'application par les tribunaux du principe de la courtoisie internationale dans les systèmes de *common law*; de l'émission, à des fins équivalentes, d'ordonnances d'*exequatur* dans les systèmes de droit romain; de l'exécution d'ordonnances émanant de procédures d'insolvabilité étrangères, fondée sur la législation relative à l'exécution des jugements étrangers, et du recours à des techniques telles que les commissions rogatoires pour transmettre une demande d'assistance judiciaire.

16. Les approches fondées uniquement sur le principe de la courtoisie internationale ou sur l'*exequatur* ne sont pas aussi prévisibles ni aussi fiables que des dispositions législatives précises, telles que celles de la Loi type portant sur la coopération judiciaire, la reconnaissance des procédures d'insolvabilité étrangères et l'accès des représentants étrangers aux tribunaux. Par exemple, une législation générale relative à la reconnaissance réciproque des jugements, y compris les ordonnances d'*exequatur*, peut se limiter, dans un système juridique, à l'exécution de jugements ou d'ordonnances de caractère monétaire dans des litiges bipartites, sans inclure les décisions d'ouverture de procédures collectives d'insolvabilité. En outre, la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère pourra ne pas être considérée comme la reconnaissance d'un "jugement" étranger, par exemple, si l'ordonnance étrangère de faillite est considérée comme une simple déclaration de situation du débiteur ou si elle n'est pas jugée définitive.

17. S'il n'y a ni communication ni coordination entre les tribunaux et administrateurs des juridictions intéressées, des biens pourront probablement être dissimulés ou dispersés, voire liquidés, sans que d'autres solutions, plus avantageuses, puissent être envisagées. De ce fait, non seulement les créanciers ont moins de chances de se faire rembourser, mais il devient aussi plus difficile de redresser des entreprises financièrement viables et de sauver des emplois. Par contre, lorsqu'il existe dans la législation d'un État des mécanismes permettant une administration coordonnée des insolvabilités internationales, il est possible d'adopter des solutions raisonnables, protégeant les intérêts légitimes des créanciers et du débiteur; de tels mécanismes sont donc considérés comme avantageux pour les investissements étrangers et le commerce dans cet État.

18. La Loi type tient compte des résultats d'autres efforts internationaux, notamment le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ("Règlement CE"), la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite (1990)[j], les Traités en matière de droit commercial international de Montevideo (1889 et 1940), la Convention entre les pays nordiques relative à la faillite (1933), ainsi que la Convention de droit international privé ("Code Bustamante") (1998)[k]. Parmi les propositions émanant d'organisations non gouvernementales, on citera la Loi type internationale sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (Model International Insolvency Cooperation Act), ainsi que le Concordat sur l'insolvabilité internationale, tous deux élaborés par le Comité J de la Section du droit des affaires de l'Association internationale du barreau.

---

[j]Série des Traités européens, n° 136.

[k]*Recueil des Traités* de la Société des Nations, vol. LXXXVI, n° 1950.

19. Le Règlement CE établit un régime de l'insolvabilité internationale au sein de l'Union européenne dans le cas où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux dans un État membre de l'Union. Il ne traite pas des questions d'insolvabilité internationale s'étendant à un État non membre de l'Union. La Loi type offre donc aux États membres de l'Union un régime complémentaire d'une utilité pratique considérable pour les nombreux cas de coopération internationale non visés par le Règlement.

B. Intégration de la Loi type dans la législation nationale existante

20. Son champ d'application étant limité à certains aspects procéduraux des insolvabilités internationales, la Loi type est conçue de manière à s'intégrer dans la législation de l'État adoptant relative à l'insolvabilité. Elle présente donc les caractéristiques suivantes:

a) Le volume de la terminologie, parfois nouvelle, ajoutée à la législation en vigueur par la Loi type est limité. Les termes juridiques nouveaux se rapportent spécifiquement au domaine de l'insolvabilité, tels que "procédure étrangère" et "représentant étranger". Les termes choisis risquent peu d'être incompatibles avec la terminologie retenue dans les lois en vigueur. En outre, lorsque la formulation a de fortes chances de varier d'un pays à un autre, la Loi type, au lieu d'employer un terme particulier, donne la signification du terme en italiques et entre crochets et invite les rédacteurs de la loi nationale à employer le terme approprié;

b) La Loi type offre aux États adoptants la possibilité d'aligner les mesures résultant de la reconnaissance d'une procédure étrangère sur celles qui peuvent être octroyées dans une procédure comparable en vertu de la loi nationale;

c) La reconnaissance d'une procédure étrangère n'empêche pas les créanciers locaux d'entamer ou de poursuivre une procédure collective d'insolvabilité dans l'État adoptant (art. 28);

d) Les mesures dont bénéficient les représentants étrangers sont subordonnées à la protection des créanciers locaux et d'autres personnes intéressées, y compris le débiteur, contre tout préjudice injustifié, ainsi qu'au respect des règles de procédure de l'État adoptant et aux conditions applicables en matière de notification (en particulier article 22 et paragraphe 2 de l'article 19);

e) La Loi type préserve la possibilité d'exclure ou de limiter toute action en faveur de la procédure étrangère, notamment sa reconnaissance, sur la base de considérations impérieuses d'ordre public (art. 6). On peut penser toutefois que l'exception d'ordre public sera rarement invoquée;

f) La Loi type revêt la forme souple d'une législation modèle tenant compte des différentes approches retenues dans les lois nationales sur l'insolvabilité et de la propension plus ou moins grande des États à coopérer et à coordonner les procédures en matière d'insolvabilité (art. 25 à 27).

21. Bien que la Loi type puisse, en raison de sa souplesse, être facilement adaptée au système juridique de l'État adoptant, ce dernier devrait tenir dûment compte de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son interprétation et de l'avantage qu'il aurait à adopter des pratiques internationales modernes et généralement acceptables en matière d'insolvabilité. Il est donc conseillé de limiter au minimum les écarts par rapport au

texte uniforme. L'uniformité a notamment pour avantage de permettre aux États adoptants d'obtenir plus facilement la coopération d'autres États.

C. Champ d'application de la Loi type

22. La Loi type peut s'appliquer dans un certain nombre de cas d'insolvabilité internationale, à savoir: *a)* une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère émanant d'un État étranger; *b)* une demande adressée à l'étranger par un tribunal ou un administrateur de l'État adoptant pour obtenir la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité entamée en vertu des lois de l'État adoptant; *c)* une coordination de procédures ayant lieu concurremment dans deux États ou plus; et *d)* la participation de créanciers étrangers à une procédure d'insolvabilité ayant lieu dans l'État adoptant (voir article premier).

D. Types de procédures étrangères visées

23. Pour entrer dans le champ d'application de la Loi type, une procédure étrangère d'insolvabilité doit posséder certains attributs: elle doit être régie par une loi sur l'insolvabilité du pays d'origine; les créanciers doivent être représentés collectivement; les biens et les affaires du débiteur doivent être soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal ou d'un autre organisme officiel; et l'objectif doit être le redressement ou la liquidation des affaires du débiteur (voir l'alinéa *a)* de l'article 2).

24. Compte tenu de ces critères, diverses procédures collectives peuvent être ainsi reconnues, qu'elles soient obligatoires ou volontaires, qu'elles fassent intervenir des personnes morales ou des personnes physiques, qu'elles aient pour but la liquidation ou le redressement, ou qu'il s'agisse de procédures dans lesquelles le débiteur conserve un certain contrôle sur ses biens, même s'il est soumis à la supervision d'un tribunal (par exemple, suspension des paiements; "débiteur en possession").

25. Une approche globale a également été retenue pour les différents types de débiteurs visés par la Loi type. Toutefois, la Loi envisage la possibilité d'exclure de son champ d'application certains types d'entités telles que les banques ou les compagnies d'assurance soumises à un régime spécial en vertu de la législation de l'État adoptant (voir le paragraphe 2 de l'article premier).

E. Assistance étrangère pour les procédures d'insolvabilité ouvertes dans l'État adoptant

26. Outre qu'elle leur donne la possibilité de traiter les demandes de reconnaissance provenant de l'étranger, la Loi type autorise les tribunaux de l'État adoptant à demander une assistance à l'étranger pour une procédure ouverte dans leur État (art. 25). L'ajout de cette autorisation peut contribuer à combler une lacune dans la législation de certains États. Sans elle, les tribunaux pourraient, dans certains systèmes juridiques, éprouver des difficultés à demander une telle assistance à l'étranger, ce qui risquerait d'empêcher une action internationale coordonnée en cas d'insolvabilité internationale.

27. La Loi type peut de la même manière aider un État adoptant à combler une lacune de sa législation en ce qui concerne les pouvoirs "à l'étranger" des personnes désignées

pour administrer une procédure d'insolvabilité en vertu de ladite législation. L'article 5 autorise ces personnes à demander à des tribunaux étrangers de reconnaître cette procédure et de leur apporter une assistance.

F. Accès du représentant étranger aux tribunaux de l'État adoptant

28. L'un des objectifs importants de la Loi type est de donner aux représentants étrangers un accès direct et rapide aux tribunaux de l'État adoptant. On évite ainsi de recourir à des commissions rogatoires lourdes et lentes ou à d'autres formes de communication diplomatique ou consulaire sinon nécessaires. Cela facilite une approche coordonnée, fondée sur la coopération, des affaires d'insolvabilité internationale et permet d'agir rapidement.

29. Outre l'énoncé du principe de l'accès direct du représentant étranger aux tribunaux, la Loi type:

a) Établit des conditions de preuve simplifiées pour la demande de reconnaissance et de mesures en faveur d'une procédure étrangère, ce qui permet d'éviter des conditions de "légalisation" demandant beaucoup de temps, fondées sur des procédures notariales ou consulaires (art. 15);

b) Dispose que le représentant étranger est habilité à entamer une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant (dans les conditions applicables dans cet État) et qu'il peut participer à une procédure d'insolvabilité dans ledit État (art. 11 et 12);

c) Confirme, sous réserve d'autres conditions imposées par l'État adoptant, l'accès des créanciers étrangers aux tribunaux de l'État adoptant aux fins d'ouvrir dans ledit État une procédure d'insolvabilité ou de participer à une telle procédure (art. 13);

d) Donne aux représentants étrangers le droit d'intervenir dans des actions individuelles intentées dans l'État adoptant concernant le débiteur ou ses biens (art. 24);

e) Dispose que le simple fait de demander la reconnaissance dans l'État adoptant n'étend pas la compétence des tribunaux dudit État à la totalité des biens et des affaires du débiteur (art. 10).

G. Reconnaissance des procédures étrangères

Décision de reconnaître ou non une procédure étrangère

30. La Loi type énonce un critère permettant de déterminer si une procédure étrangère peut être ou non reconnue (art. 15 à 17) et dispose que, dans les cas appropriés, le tribunal peut octroyer des mesures provisoires dans l'attente d'une décision sur cette reconnaissance (art. 19). Pour prendre cette décision, il faut notamment déterminer si le fondement juridictionnel justifiant l'ouverture de la procédure étrangère est tel que cette procédure doit être considérée comme une procédure d'insolvabilité étrangère "principale" ou "non principale". Les questions de procédure relatives à l'avis de dépôt d'une demande de reconnaissance ou à la notification de la décision d'accorder la reconnaissance ne sont pas traitées dans la Loi type; elles demeurent régies par d'autres dispositions de la loi de l'État adoptant.

31. Une procédure étrangère est réputée être une procédure “principale” si elle a été ouverte dans l’État où le débiteur a le “centre de ses intérêts principaux”. Cette formulation correspond à celle qui a été retenue à l’article 3 du Règlement CE, renforçant ainsi l’harmonisation en cours quant à la notion de procédure “principale”. Le fait qu’il soit déterminé qu’une procédure étrangère est “principale” peut avoir des incidences sur la nature des mesures octroyées au représentant étranger.

Effets de la reconnaissance et mesures discrétionnaires dont peut bénéficier un représentant étranger

32. Certains éléments clefs des mesures accordées lors de la reconnaissance du représentant d’une procédure étrangère “principale” sont la suspension des actions des différents créanciers à l’encontre du débiteur ou la suspension des procédures d’exécution concernant les biens du débiteur, et la suspension du droit du débiteur de transférer ou de grever ses biens (art. 20, par. 1). Cette suspension ou interdiction est “impérative” (ou “automatique”) en ce sens que, soit elle découle automatiquement de la reconnaissance d’une procédure étrangère principale, soit, dans les États où il faut une ordonnance du tribunal pour la suspension ou l’interdiction, le tribunal est tenu d’émettre l’ordonnance appropriée. La suspension des actions ou des mesures d’exécution est nécessaire pour laisser un “répit” avant que des mesures appropriées ne soient prises pour redresser les affaires et les biens du débiteur ou les liquider équitablement. La suspension des transferts l’est aussi car, dans un système économique mondialisé, il est possible aux débiteurs multinationaux de déplacer rapidement d’un pays à un autre leur argent et leurs biens. Le moratoire impératif déclenché par la reconnaissance d’une procédure étrangère principale permet donc un “gel” rapide, essentiel pour prévenir la fraude et protéger les intérêts légitimes des parties intéressées jusqu’à ce que le tribunal ait la possibilité d’aviser tous les intéressés et d’évaluer la situation.

33. Les exceptions et restrictions concernant la portée des mesures d’interdiction et de suspension (par exemple, exceptions relatives aux créances assorties de sûreté, paiements effectués par le débiteur dans le cours normal de ses affaires, compensation, exécution de droits réels) et la possibilité de modifier l’interdiction ou la suspension ou d’y mettre fin sont déterminées par les dispositions régissant les interdictions et suspensions comparables dans les procédures d’insolvabilité en vertu des lois de l’État adoptant (art. 20, par. 2).

34. Outre cette interdiction et cette suspension impératives, la Loi type autorise le tribunal à octroyer des mesures “discrétionnaires” dans l’intérêt de toute procédure étrangère, qu’elle soit “principale” ou non (art. 21). Ces mesures discrétionnaires peuvent consister, par exemple, à interdire l’ouverture d’une procédure ou à suspendre le droit de constituer des sûretés sur les biens (dans la mesure où une telle interdiction ou suspension n’a pas pris effet automatiquement en vertu de l’article 20), à faciliter l’accès à des informations concernant les biens et obligations du débiteur, à nommer une personne pour administrer la totalité ou une partie de ces biens et à prendre toutes autres mesures applicables en vertu de la législation de l’État adoptant. Des mesures d’urgence peuvent être accordées dès le dépôt d’une demande de reconnaissance (art. 21).

Protection des créanciers et d'autres personnes intéressées

35. La Loi type contient des dispositions visant à protéger les intérêts des créanciers (en particulier des créanciers locaux), du débiteur et d'autres personnes intéressées; ainsi l'octroi de mesures temporaires au moment de la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère ou de la reconnaissance elle-même est laissé à la discrétion du tribunal; il est expressément indiqué que lorsqu'il accorde une telle mesure le tribunal doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés (art. 22, par. 1); le tribunal peut subordonner toute mesure accordée aux conditions qu'il juge appropriées et il peut modifier ou faire cesser ladite mesure, si une personne lésée en fait la demande (art. 22, par. 2 et 3).

36. En plus de ces dispositions spécifiques, la Loi type prévoit de manière plus générale que le tribunal peut refuser de prendre une mesure régie par elle lorsque ladite mesure serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État adoptant (art. 6).

37. La Loi type ne réglemente pas de manière générale les questions de notification aux personnes intéressées, même si elles sont étroitement liées à la protection de leurs intérêts. Ces questions sont donc régies par les règles de procédure de l'État adoptant, dont certaines peuvent relever de l'ordre public. Par exemple, la loi de l'État adoptant doit déterminer si le débiteur ou une autre personne doit être avisé d'une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère et fixer les délais à respecter pour cette notification.

H. Coopération internationale

38. L'absence d'un cadre législatif, ou les incertitudes quant à la portée des pouvoirs législatifs en matière de coopération avec les tribunaux étrangers ont pour conséquence de limiter très souvent la coopération et la coordination entre juges de différentes juridictions dans les cas d'insolvabilité internationale.

39. L'expérience montre que, quels que soient les pouvoirs discrétionnaires dont jouissent traditionnellement les tribunaux dans un État, la mise en place d'un cadre législatif particulier est utile pour promouvoir la coopération internationale dans les affaires internationales. Ainsi, la Loi type permet de combler les lacunes que l'on rencontre dans de nombreuses lois nationales en habilitant expressément les tribunaux à accorder leur coopération dans les domaines visés par elle (art. 25 à 27).

40. Pour des raisons similaires, la Loi type autorise également la coopération entre un tribunal de l'État adoptant et un représentant étranger et entre une personne administrant la procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant et un tribunal étranger ou un représentant étranger (art. 26).

41. La Loi type énumère des formes de coopération possibles et laisse aux législateurs la possibilité d'en ajouter d'autres (art. 27). Il est souhaitable que cette liste, une fois adoptée, demeure illustrative plutôt qu'exhaustive, afin de ne pas empêcher les tribunaux d'adapter leurs mesures aux circonstances de l'espèce.

I. Coordination des procédures concurrentes

Compétences pour entamer une procédure locale

42. La Loi type n'impose pratiquement aucune restriction à la compétence des tribunaux de l'État adoptant en ce qui concerne l'ouverture ou la poursuite d'une procédure d'insolvabilité. En vertu de l'article 28, même après la reconnaissance d'une procédure étrangère "principale", les tribunaux de l'État adoptant ont compétence pour entamer une procédure d'insolvabilité si le débiteur a des biens dans l'État adoptant. Si l'État adoptant souhaite limiter cette compétence aux cas où le débiteur a non seulement des biens, mais aussi un établissement dans ledit État, l'application d'une telle limitation ne serait pas contraire aux principes qui sous-tendent la Loi type.

43. En outre, selon la Loi type, la procédure étrangère reconnue est réputée constituer la preuve que le débiteur est insolvable aux fins de l'ouverture d'une procédure locale (art. 31). Cette règle peut être utile dans les systèmes juridiques dans lesquels l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité exige qu'il soit prouvé que le débiteur est effectivement insolvable. S'il n'est pas nécessaire d'apporter de multiples preuves de l'échec financier du débiteur, il sera moins facile à ce dernier de retarder la procédure suffisamment longtemps pour dissimuler ou transférer des biens.

Coordination des mesures en cas de procédures concurrentes

44. La Loi type traite la question de la coordination entre une procédure locale et une procédure étrangère contre le même débiteur (art. 29) et facilite la coordination entre deux procédures étrangères ou plus contre le même débiteur (art. 30). L'objectif est d'encourager l'adoption de décisions coordonnées permettant d'atteindre au mieux les objectifs des deux procédures (par exemple, en maximisant la valeur des biens du débiteur ou en restructurant de la façon la plus avantageuse l'entreprise). Pour assurer une coordination satisfaisante et pour pouvoir adapter les mesures en fonction de l'évolution des circonstances, le tribunal est tenu, dans tous les cas prévus par la Loi type, y compris ceux qui limitent les effets d'une procédure étrangère face à une procédure locale, de coopérer au maximum avec les tribunaux et les représentants étrangers (art. 25 et 30).

45. Lorsque la procédure d'insolvabilité locale est déjà en cours au moment de la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère, la Loi type exige que toute mesure accordée à l'avantage de la procédure étrangère soit compatible avec la procédure locale. En outre, l'existence de la procédure locale au moment de la reconnaissance de la procédure étrangère principale empêche l'application de l'article 20. Lorsque aucune procédure locale n'est en attente, l'article 20 impose l'interdiction ou la suspension des actions individuelles ou des mesures d'exécution à l'encontre du débiteur et la suspension du droit du débiteur de transférer ses biens ou de constituer des sûretés sur ces derniers.

46. Lorsque la procédure locale est ouverte après la reconnaissance ou la demande de reconnaissance de la procédure étrangère, les mesures qui ont été accordées en faveur de la procédure étrangère doivent être réexaminées et modifiées ou levées si elles sont incompatibles avec la procédure locale. Si la procédure étrangère est une procédure

principale, l'interdiction et la suspension prévues à l'article 20 doivent être modifiées ou levées si elles sont incompatibles avec la procédure locale.

47. Lorsque le tribunal est confronté à plus d'une procédure étrangère, l'article 30 l'invite à moduler les mesures de manière à faciliter la coordination de ces procédures; si l'une d'entre elles est une procédure principale, toute mesure accordée doit y être conforme.

48. Une autre règle conçue pour améliorer la coordination des procédures concurrentes concerne le taux de paiement des créanciers (art. 32). Elle dispose qu'un créancier, qui demande paiement de ses créances dans plus d'une procédure, ne reçoit proportionnellement pas plus que le paiement obtenu par d'autres créanciers de même rang.

V. Remarques

A. Titre

"Loi type"

49. Si l'État adoptant décide d'incorporer les dispositions de la Loi type dans sa législation nationale relative à l'insolvabilité, le titre des dispositions adoptées devra être adapté en conséquence et le mot "Loi", qui apparaît dans le titre et à divers endroits du texte, devra être remplacé par l'expression appropriée.

50. Lors de l'adoption de la Loi type, il est souhaitable de conserver dans toute la mesure possible le texte uniforme de façon à ce que la législation nationale soit aussi transparente que possible pour des utilisateurs étrangers (voir par. 11, 12 et 21 ci-dessus).

"Insolvabilité"

51. Le terme "insolvabilité", tel qu'utilisé dans le titre de la Loi type, fait référence à divers types de procédures collectives à l'encontre des débiteurs insolvables. La Loi type en effet (comme il est indiqué ci-dessus aux paragraphes 23 et 24) vise les procédures concernant différents types de débiteurs et notamment celles dont le but est le redressement du débiteur ainsi que celles qui aboutissent à sa liquidation en tant qu'entité commerciale.

52. Il convient de noter que dans certaines juridictions l'expression "procédure d'insolvabilité" a un sens technique étroit. Elle peut, par exemple, désigner uniquement les procédures collectives concernant une société ou une personne morale analogue, ou seulement les procédures collectives à l'encontre d'une personne physique. L'emploi du terme "insolvabilité" dans le titre de la Loi type n'a pas pour objet d'établir une telle distinction, puisque cette loi est conçue pour être applicable à toutes les procédures, que le débiteur soit une personne physique ou une personne morale. Si, dans l'État adoptant, on peut interpréter le terme "insolvabilité" comme se rattachant à un type particulier de procédure collective, il conviendra d'utiliser un autre terme pour désigner les procédures visées par la Loi type.

53. Toutefois, il est souhaitable, lorsque l'on se réfère aux procédures d'insolvabilité étrangères, d'employer le libellé du paragraphe *a)* de l'article 2 de façon à ne pas exclure la reconnaissance des procédures étrangères qui, en vertu de ce paragraphe, doivent être visées.

B. Préambule

La présente Loi a pour objet d'offrir des moyens efficaces pour traiter des cas d'insolvabilité internationale, afin de promouvoir les objectifs suivants:

a) Assurer la coopération entre les tribunaux et les autres autorités compétentes du présent État et des États étrangers intervenant dans les affaires d'insolvabilité internationale;

b) Garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements;

c) Administrer équitablement et efficacement les procédures d'insolvabilité internationale, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, y compris le débiteur;

d) Protéger les biens du débiteur et en optimiser la valeur; et

e) Faciliter le redressement des entreprises en difficultés financières, de manière à protéger les investissements et préserver les emplois.

54. Le préambule énonce succinctement les objectifs fondamentaux de la Loi type. Il ne crée pas de droits quant au fond, mais donne des indications générales aux utilisateurs de cette Loi et a également pour objet de contribuer à son interprétation.

55. Dans les États où il n'est pas usuel de faire précéder les lois d'un préambule énonçant les principes généraux, on pourra envisager d'inclure cette déclaration, soit dans le corps de la loi, soit dans un document distinct, afin de préserver cet outil utile pour l'interprétation de la loi.

"État"

56. Le terme "État", tel qu'il est utilisé dans le préambule et dans l'ensemble du texte de la Loi type, désigne l'entité qui adopte la Loi (l'"État adoptant"). Il ne devrait pas être interprété comme désignant, par exemple, un État à l'intérieur d'un pays ayant un système fédéral.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 136 à 139.

A/CN.9/422, par. 19 à 23.

A/CN.9/433, par. 22 à 28.

A/CN.9/435, par. 100.

C. Chapitre premier. Dispositions générales

Article premier. Champ d'application

1. La présente Loi s'applique:

a) Lorsqu'une assistance est demandée dans le présent État par un tribunal étranger ou un représentant étranger en ce qui concerne une procédure étrangère; ou

b) Lorsqu'une assistance est demandée dans un État étranger en ce qui concerne une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*]; ou

c) Lorsqu'une procédure étrangère et une procédure concernant le même débiteur, ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], ont lieu concurremment; ou

d) Lorsqu'il est de l'intérêt des créanciers ou des autres parties intéressées dans un État étranger de demander l'ouverture d'une procédure ou de participer à ladite procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*].

2. La présente Loi ne s'applique pas à une procédure concernant [*désigner tous types d'entités, telles que les banques ou compagnies d'assurance, qui sont soumises à régime spécial en matière d'insolvabilité dans le présent État et que le présent État souhaite exclure du champ d'application de la présente Loi*].

Paragraphe 1

57. Le paragraphe 1 de l'article premier énonce les types de questions pouvant se poser dans des affaires d'insolvabilité internationale et auxquelles la Loi type apporte des solutions: *a)* demandes de reconnaissance d'une procédure étrangère émanant d'un État étranger; *b)* demandes adressées à l'étranger par un tribunal ou un administrateur de l'État adoptant pour obtenir la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte en vertu des lois de l'État adoptant; *c)* coordination de procédures ayant lieu concurremment dans deux États ou plus; et *d)* participation des créanciers étrangers aux procédures d'insolvabilité ayant lieu dans l'État adoptant.

58. L'expression "le présent État" est employée dans le préambule et dans l'ensemble de la Loi type pour désigner l'État adoptant le texte. La loi nationale pourra retenir une autre expression utilisée habituellement à cette fin.

59. Le terme "assistance", employé aux alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 1, désigne diverses situations, traitées dans la Loi type, dans lesquelles un tribunal ou l'administrateur d'une insolvabilité d'un État peut demander à un tribunal ou à un administrateur d'insolvabilité d'un autre État de prendre une mesure envisagée dans la Loi type. La Loi mentionne expressément certaines de ces mesures (par exemple, aux paragraphes 1 *a)* et *b)* de l'article 19; aux paragraphes 1 *a)* à *f)* et au paragraphe 2 de

l'article 21; et aux alinéas *a)* à *e)* de l'article 27), alors que d'autres sont englobées dans une formulation plus large telle que celle qui a été retenue au paragraphe 1 *g)* de l'article 21.

Paragraphe 2 (Procédures d'insolvabilité soumises à un régime spécial)

60. En principe, la Loi type a été formulée de manière à s'appliquer à toute procédure visée à l'alinéa *a*) de l'article 2, quelle que soit la nature du débiteur ou son statut particulier au regard de la loi nationale. Les seules exceptions possibles envisagées dans le texte de la Loi type lui-même sont indiquées au paragraphe 2 (voir cependant le paragraphe 66 ci-après, pour les considérations relatives aux "consommateurs").

61. Les banques et les compagnies d'assurance sont citées comme exemples d'entités que l'État adoptant peut décider d'exclure du champ d'application de la Loi type. Cette exclusion s'expliquera en règle générale par le fait que l'insolvabilité de telles entités rend nécessaire la protection des intérêts vitaux d'un grand nombre de particuliers ou exige habituellement des mesures particulièrement rapides et prudentes (par exemple pour éviter des retraits massifs de dépôts). C'est pourquoi l'administration de l'insolvabilité de ce type d'entités est soumise dans de nombreux États à un régime spécial.

62. Le paragraphe 2 indique que l'État adoptant peut décider d'exclure des entités autres que les banques et les compagnies d'assurance; par exemple lorsque les considérations de politique générale qui sous-tendent le régime spécial appliqué en matière d'insolvabilité pour ces autres types d'entités (par exemple des entreprises de services publics) exige des solutions spéciales dans les cas d'insolvabilité internationale.

63. Il n'est pas souhaitable d'exclure tous les cas d'insolvabilité des entités mentionnées au paragraphe 2. En particulier, l'État adoptant peut souhaiter traiter, aux fins de reconnaissance, une procédure d'insolvabilité étrangère relative à une banque ou une compagnie d'assurance comme une procédure d'insolvabilité ordinaire, si, en matière d'insolvabilité, la succursale ou les biens de l'entité étrangère dans l'État adoptant ne sont pas soumis à la réglementation nationale. L'État adoptant peut aussi souhaiter ne pas exclure la possibilité de reconnaissance d'une procédure étrangère concernant une de ces entités, si la loi de l'État d'origine ne soumet pas cette procédure à une réglementation spéciale.

64. Lorsqu'il adoptera le paragraphe 2, l'État souhaitera peut-être s'assurer que ce paragraphe ne limitera pas par inadvertance et de manière indésirable le droit de l'administrateur de l'insolvabilité ou du tribunal de demander à l'étranger une assistance ou la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte sur le territoire de l'État adoptant, au seul motif que l'insolvabilité est soumise à un régime spécial. En outre, même si l'insolvabilité particulière est régie par une réglementation spéciale, il est souhaitable, avant d'exclure de manière générale ces cas de la Loi type, de déterminer s'il serait utile de conserver certains éléments de la Loi type (par exemple sur la coopération et la coordination et éventuellement sur certains types de mesures discrétionnaires) applicables également aux procédures d'insolvabilité soumises à une réglementation spéciale.

65. En tout état de cause, pour améliorer la transparence de la législation nationale sur l'insolvabilité (dans l'intérêt des utilisateurs étrangers de la loi fondée sur la Loi type), il est souhaitable que les exclusions du champ d'application de la loi soient expressément mentionnées par l'État adoptant au paragraphe 2.

Non-commerçants et personnes physiques

66. Dans les systèmes juridiques où, soit il n'existe pas de régime d'insolvabilité des consommateurs, soit l'insolvabilité des non-commerçants relève d'un régime juridique distinct, l'État adoptant souhaitera peut-être exclure du champ d'application de la Loi type les insolvabilités relatives à des personnes physiques y résidant dont les dettes ont été contractées essentiellement pour des raisons personnelles ou familiales, plutôt que pour des raisons commerciales, et les insolvabilités concernant les non-commerçants. L'État adoptant souhaitera peut-être aussi indiquer que cette exclusion sera levée lorsque la totalité de la dette dépasse un certain montant.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 141 à 150.

A/CN.9/422, par. 24 à 33.

A/CN.9/433, par. 29 à 32.

A/CN.9/435, par. 102 à 106 et 179.

Article 2. Définitions

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "procédure étrangère" désigne une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, régie par une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'un tribunal étranger, aux fins de redressement ou de liquidation;

b) Le terme "procédure étrangère principale" désigne une procédure étrangère qui a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux;

c) Le terme "procédure étrangère non principale" désigne une procédure étrangère, autre qu'une procédure étrangère principale, qui a lieu dans un État où le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa *f)* du présent article;

d) Le terme "représentant étranger" désigne une personne ou un organe, y compris une personne ou un organe désigné à titre provisoire, autorisé dans une procédure étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure étrangère;

e) Le terme "tribunal étranger" désigne une autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou surveiller une procédure étrangère;

> *f)* Le terme “établissement” désigne tout lieu d’opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services.

Alinéas a) à d)

67. Comme la Loi type sera incorporée dans la législation nationale sur l’insolvabilité, l’article 2 peut se limiter à définir les termes particuliers aux insolvabilités internationales. Ainsi, la Loi type définit les termes “procédure étrangère” (al. *a)*) et “représentant étranger” (al. *d)*), mais ne définit pas la personne ou l’organe pouvant être chargé d’administrer les biens du débiteur dans une procédure d’insolvabilité ouverte dans l’État adoptant. Dans la mesure où il serait utile, dans la loi nationale, de définir le terme utilisé pour désigner une telle personne ou un tel organe (plutôt que d’employer uniquement le terme courant), cette définition peut être ajoutée à celles qui figurent dans la loi donnant effet à la Loi type.

68. En précisant les caractéristiques requises de la “procédure étrangère” et du “représentant étranger”, les définitions limitent le champ d’application de la Loi type. Pour qu’une procédure puisse être reconnue ou faire l’objet d’une coopération au titre de la Loi type, et pour qu’un représentant étranger puisse avoir accès aux tribunaux locaux au titre de la même Loi, la procédure étrangère et le représentant étranger doivent satisfaire aux conditions énoncées aux alinéas *a)* et *d)*.

69. Les définitions énoncées aux alinéas *a)* et *d)* visent également une “procédure provisoire” et un représentant “désigné à titre provisoire”. Dans un État où les procédures provisoires sont inconnues ou ne correspondent pas aux termes de la définition, peut se poser la question de savoir si la reconnaissance d’une “procédure étrangère provisoire” risque d’avoir des conséquences potentiellement perturbatrices dans le cadre de la Loi type, que la situation ne justifie pas. Il serait bon de conserver la référence à la “procédure provisoire” à l’alinéa *a)* et à un représentant étranger désigné “à titre provisoire” à l’alinéa *d)*, quelle que soit la façon dont les procédures provisoires sont traitées dans l’État adoptant. Dans de nombreux États, en effet, les procédures d’insolvabilité sont souvent, et même couramment, engagées à titre “provisoire” et, sauf pour ce qui est de ce caractère provisoire, elles remplissent toutes les autres conditions de la définition figurant à l’alinéa *a)* de l’article 2. Elles demeurent souvent “provisoires” pendant des semaines ou des mois sous l’administration des personnes désignées à titre “provisoire” et ce n’est que quelque temps après que le tribunal émettra un ordre mettant fin à la nature provisoire de la procédure ou de la nomination. Les objectifs de la Loi type s’appliquent pleinement à ces “procédures provisoires” (si les conditions énoncées aux alinéas *a)* et *d)* sont remplies); en conséquence, il ne doit pas être fait de différence entre elles et d’autres procédures d’insolvabilité simplement sur la base de leur caractère provisoire. Le fait qu’une procédure provisoire et le représentant étranger doivent répondre à toutes les conditions de l’article 2 est souligné au paragraphe 1 de l’article 17, aux termes duquel une procédure étrangère ne peut être reconnue que si “la procédure étrangère est une procédure au sens de l’alinéa *a)* de l’article 2” et si “le représentant étranger demandant la reconnaissance est une personne ou un organe au sens de l’alinéa *d)* de l’article 2”.

70. L'article 18 vise le cas où, après la demande de reconnaissance ou après la reconnaissance, la procédure étrangère ou le représentant étranger, provisoire ou non, cesse de remplir les conditions des alinéas *a)* et *d)* de l'article 2. L'article 18 fait obligation au représentant étranger d'informer rapidement le tribunal, à compter de la présentation de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère, de "toute modification substantielle du statut de la procédure étrangère reconnue ou du statut de la nomination du représentant étranger". Cette obligation a pour objectif de permettre au tribunal de modifier les conséquences de la reconnaissance, ou d'y mettre fin.

71. On a évité, dans les définitions des procédures ou des personnes relevant de juridictions étrangères, d'employer des expressions pouvant avoir une signification technique différente selon les systèmes juridiques et on a donc préféré décrire leur but ou leur fonction. L'objectif était d'éviter de restreindre par inadvertance la gamme des procédures étrangères pouvant être reconnues et d'éviter tout conflit inutile avec la terminologie employée dans les lois de l'État adoptant. Comme il est indiqué au paragraphe 52 ci-dessus, l'expression "procédure d'insolvabilité" peut avoir un sens technique dans certains systèmes juridiques, mais, à l'alinéa *a)*, elle s'applique au sens large aux sociétés connaissant de graves problèmes financiers.

72. Les termes "centre de ses intérêts principaux", employés à l'alinéa *b)* pour définir une procédure étrangère principale, sont aussi utilisés dans le Règlement CE.

73. Aux termes de l'alinéa *c)*, une "procédure étrangère non principale" a lieu dans un État où le débiteur a un "établissement". Ainsi, une telle procédure susceptible d'être reconnue en vertu du paragraphe 2 de l'article 17 ne peut être qu'une procédure ouverte dans un État où le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa *f)* de l'article 2. Cette règle n'a pas d'incidence sur la disposition de l'article 28, selon laquelle une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans l'État adoptant si le débiteur y possède des biens. Il convient de noter, toutefois, que les effets d'une procédure d'insolvabilité ouverte uniquement en raison de la seule présence de biens dans l'État sont normalement limités aux biens situés dans ledit État; si d'autres biens du débiteur situés à l'étranger devaient, en vertu de la loi de l'État adoptant, être administrés dans le cadre de ladite procédure d'insolvabilité (comme cela est envisagé à l'article 28), cette question de caractère transnational devrait être traitée au titre de la coopération et de la coordination internationales (art. 25 à 27 de la Loi type).

Alinéa e)

74. Une procédure étrangère qui satisfait aux conditions énoncées à l'alinéa *a)* de l'article 2 doit être traitée de la même façon, qu'elle ait été ouverte et supervisée par un organe judiciaire ou par un organe administratif. Pour éviter de devoir mentionner une autorité non judiciaire étrangère à chaque fois qu'il est fait référence à un tribunal étranger, la définition des termes "tribunal étranger" à l'alinéa *e)* englobe donc également les autorités non judiciaires. L'alinéa *e)* donne une définition analogue à celle qui figure à l'alinéa *d)* de l'article 2 de la Convention de l'Union européenne relative aux procédures d'insolvabilité.

Alinéa f)

75. La définition du terme “établissement” (al. *f)*) est inspirée de l’alinéa *h)* de l’article 2 de la Convention de l’Union européenne relative aux procédures d’insolvabilité. Ce terme est employé dans la définition d’une “procédure étrangère non principale” (al. c) de l’article 2) et dans le cadre du paragraphe 2 de l’article 17, selon lequel pour qu’une procédure étrangère non principale soit reconnue, le débiteur doit avoir un établissement dans l’État étranger (voir aussi ci-dessus, par. 73).

Examen de l’article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 152 à 158.

A/CN.9/419, par. 95 à 117.

A/CN.9/422, par. 34 à 65.

A/CN.9/433, par. 33 à 41 et 147.

A/CN.9/435, par. 108 à 113.

Article 3. Obligations internationales du présent État

En cas de conflit entre la présente Loi et une obligation du présent État découlant d’un traité ou de toute autre forme d’accord auquel l’État est partie avec un ou plusieurs autres États, les dispositions du traité ou de l’accord prévalent.

76. L’article 3, qui énonce le principe de la préséance des obligations internationales de l’État adoptant sur le droit interne, est inspiré de dispositions analogues d’autres lois types élaborées par la CNUDCI.

77. Lors de l’adoption de l’article, le législateur peut souhaiter déterminer s’il serait souhaitable de prendre des mesures afin d’éviter une interprétation inutilement large des traités internationaux. Par exemple, l’article pourrait aboutir à donner la préséance à des traités internationaux qui traitent certes des questions visées par la Loi type (accès aux tribunaux et coopération entre ces derniers ou les autorités administratives par exemple), mais dont l’objectif est de résoudre des problèmes autres que ceux sur lesquels est axée la Loi type. Certains de ces traités, du simple fait de l’imprécision ou du caractère général de leur libellé, peuvent être interprétés à tort comme traitant également de questions régies par la Loi type. Cela aurait pour conséquence de compromettre l’objectif de la Loi type, qui est d’assurer l’uniformité et de faciliter la coopération internationale pour les questions d’insolvabilité, et de réduire la certitude et la prévisibilité dans son application. En conséquence, l’État adoptant voudra peut-être disposer que, pour que l’article 3 prévale sur une disposition de la loi nationale, il doit exister un lien suffisant entre le traité international visé et la question régie par la disposition de la loi nationale en question. Une telle disposition permettrait de ne pas restreindre par trop et par inadvertance la portée de la loi d’application de la Loi type.

Elle ne devrait cependant pas aller jusqu'à exiger que le traité porte spécifiquement sur l'insolvabilité pour que la condition soit remplie.

78. Il est à noter que si, dans certains États, les traités internationaux ayant force obligatoire sont automatiquement exécutoires, dans d'autres ils ne le sont pas à certaines exceptions près, car ils exigent l'adoption d'une loi nationale pour le devenir. Pour ce dernier groupe d'États, compte tenu de leur pratique en matière de traités et d'accords internationaux, il serait inapproprié, voire superflu, d'inclure l'article 3 dans leur législation ou il pourrait être approprié de l'inclure sous une forme modifiée.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 160 à 162.

A/CN.9/422, par. 66 et 67.

A/CN.9/433, par. 42 et 43.

A/CN.9/435, par. 114 à 117.

Article 4. [Tribunal ou autorité compétent][a]

Les fonctions visées dans la présente Loi relatives à la reconnaissance des procédures étrangères et à la coopération avec les tribunaux étrangers sont exercées par [*préciser le tribunal, les tribunaux, l'autorité ou les autorités compétents pour s'acquitter de ces fonctions dans l'État adoptant*].

[a] L'État dans lequel certaines fonctions liées aux procédures d'insolvabilité ont été dévolues à des fonctionnaires ou à des organes désignés par le gouvernement pourrait souhaiter inclure dans l'article 4, ou ailleurs dans le chapitre premier, la disposition suivante:

Aucune disposition de la présente Loi ne porte atteinte aux dispositions régissant, dans le présent État, les pouvoirs d'[*insérer le titre de la personne ou de l'organe désignés par le gouvernement*].

79. Si, dans l'État adoptant, l'une quelconque des fonctions visées à l'article 4 est exercée par une autorité autre qu'un tribunal, l'État insérera dans cet article, et dans toute autre disposition appropriée de la loi qu'il adoptera, le nom de l'autorité compétente.

80. Dans l'État adoptant, des tribunaux différents pourront avoir compétence pour exercer les diverses fonctions judiciaires traitées dans la Loi type. L'État adoptant adaptera donc le texte de l'article à son propre système de compétence judiciaire. L'article 4, tel qu'il aura été incorporé dans un État donné, aura pour intérêt d'améliorer la transparence et de faciliter l'utilisation de la législation sur l'insolvabilité, au profit notamment des représentants étrangers et des tribunaux étrangers.

81. Lorsqu'elle définira la compétence pour les questions visées à l'article 4, la loi donnant effet à la Loi type ne devra pas sans raison limiter la compétence d'autres

tribunaux de l'État adoptant, notamment en ce qui concerne l'examen de demandes de mesures provisoires adressées par des représentants étrangers.

82. Dans un certain nombre d'États, la législation sur l'insolvabilité confie certaines tâches liées à la supervision générale de la procédure d'insolvabilité dans le pays à des personnes nommées par l'État qui sont généralement des fonctionnaires ou des officiers judiciaires et qui occupent leurs fonctions à titre permanent. Les noms sous lesquels ces personnes sont connues varient d'un État à l'autre (par exemple, "administrateur judiciaire", "curateur" ou "liquidateur"), tout comme leurs activités, ainsi que l'étendue et la nature de leurs fonctions. La Loi type ne limite pas l'autorité de ces personnes, point que certains États adoptants souhaiteront peut-être préciser dans la loi, comme il est indiqué dans la note figurant au bas de l'article. Toutefois, selon le libellé choisi par l'État adoptant dans les articles 25 et 26 pour le "*titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant*", ces personnes peuvent être soumises au devoir de coopération en vertu des articles 25 à 27.

83. Dans certaines juridictions, les personnes mentionnées dans le paragraphe précédent peuvent aussi être nommées comme administrateurs dans des insolvabilités individuelles. Elles seraient alors couvertes par la Loi type.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 163 à 166.

A/CN.9/419, par. 69.

A/CN.9/422, par. 68 et 69.

A/CN.9/433, par. 44 et 45.

A/CN.9/435, par. 118 à 122.

Article 5. Autorisation donnée à [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant] *d'agir dans un État étranger*

Un(e) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant*] est autorisé(e) à agir dans un État étranger au titre d'une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], dans la mesure où la loi étrangère applicable le permet.

84. L'article 5 a pour objet de donner aux administrateurs ou autres autorités désignés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans l'État adoptant la possibilité d'agir à l'étranger en tant que représentants étrangers de cette procédure. Dans certains États, l'absence d'une telle autorisation s'est révélée être un obstacle à une coopération internationale efficace en matière d'insolvabilité internationale. Un État adoptant dans lequel les administrateurs ont déjà la possibilité d'agir en tant que représentants

étrangers pourra décider de ne pas inclure l'article 5, encore qu'il puisse vouloir le conserver pour consacrer cette autorité dans un texte.

85. L'article 5 est rédigé de manière à préciser que l'étendue des pouvoirs exercés à l'étranger par l'administrateur dépendra de la loi et des tribunaux étrangers. Les mesures que voudra peut-être prendre dans un pays étranger l'administrateur nommé dans l'État adoptant seront du type de celles qui sont traitées dans la Loi type, mais le pouvoir d'agir dans un pays étranger ne sera pas fonction de l'adoption ou non, dans ce pays, d'une législation fondée sur la Loi type.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 167 à 169.

A/CN.9/419, par. 36 à 39.

A/CN.9/422, par. 70 à 74.

A/CN.9/433, par. 46 à 49.

A/CN.9/435, par. 123 et 124.

Article 6. Exception d'ordre public

Aucune disposition de la présente Loi n'interdit au tribunal de refuser de prendre une mesure régie par cette Loi, lorsque ladite mesure serait manifestement contraire à l'ordre public du présent État.

86. La notion d'ordre public étant ancrée dans la législation nationale et pouvant être différente selon les États, on n'a pas tenté d'en donner une définition uniforme à l'article 6.

87. Dans certains États l'expression "ordre public" peut avoir un sens large, à savoir se rapporter en principe à toute règle impérative du droit national, alors que, dans d'autres, l'exception d'ordre public est habituellement interprétée comme se rapportant uniquement aux principes fondamentaux du droit, en particulier aux garanties constitutionnelles; dans ces États, elle sera utilisée uniquement pour refuser l'application de la législation étrangère, ou la reconnaissance d'un jugement ou d'une sentence arbitrale étrangers, lorsqu'une telle action irait à l'encontre de ces principes fondamentaux.

88. Pour l'applicabilité de l'exception d'ordre public dans le contexte de la Loi type, il est important de noter qu'un nombre croissant de systèmes juridiques reconnaissent la dichotomie entre la notion d'ordre public, telle qu'appliquée aux affaires intérieures, et la notion d'ordre public utilisée pour les questions de coopération internationale et la reconnaissance des effets des lois étrangères. C'est particulièrement dans ce dernier cas que l'on donne à l'ordre public un sens plus restreint qu'à l'ordre public intérieur. Cette dichotomie reflète la prise en considération du fait que la coopération internationale serait indûment entravée si l'on donnait à la notion d'ordre public un sens large.

89. L'adverbe "manifestement", employé également dans beaucoup d'autres textes juridiques internationaux pour déterminer l'expression "ordre public", vise à insister sur le fait que les exceptions d'ordre public devraient être interprétées de manière restrictive et que l'article 6 ne devrait être invoqué que dans des circonstances exceptionnelles pour des questions d'une importance fondamentale pour l'État adoptant.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 170 à 173.

A/CN.9/419, par. 40.

A/CN.9/422, par. 84 et 85.

A/CN.9/433, par. 156 à 160.

A/CN.9/435, par. 125 à 128.

Article 7. Assistance additionnelle en vertu d'autres lois

Aucune disposition de la présente Loi ne limite le pouvoir d'un tribunal ou d'un(e) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe administrant un redressement ou une liquidation en vertu de la loi de l'État adoptant*] de fournir une assistance additionnelle à un représentant étranger en vertu d'autres lois du présent État.

90. La Loi type a pour objectif d'accroître et d'harmoniser l'assistance que l'État adoptant peut fournir aux représentants étrangers. Toutefois, puisque la législation de l'État adoptant peut, au moment de l'adoption de la Loi type, contenir déjà diverses dispositions permettant à un représentant étranger de bénéficier d'une assistance internationale et, puisque la Loi type n'a pas pour objectif de prévaloir sur ces dernières dans la mesure où elles permettent d'offrir une assistance différente ou complémentaire de celle qu'elle-même prévoit, c'est à l'État adoptant de déterminer si l'article 7 est ou non nécessaire pour préciser ce point.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 175.

Article 8. Interprétation de la présente Loi

Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

91. Une disposition analogue à celle qui figure à l'article 8 existe dans un certain nombre de traités de droit privé (par exemple au paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises)[l]. Plus récemment, il a été reconnu que dans un texte n'ayant pas caractère de traité, tel qu'une loi type, une telle disposition serait utile dans la mesure où un État adoptant une loi type a intérêt à ce que son interprétation soit harmonisée. L'article 8 est inspiré du paragraphe 1 de l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[m].

92. Une interprétation harmonisée de la Loi type sera facilitée par le Système d'information concernant la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI, dans le cadre duquel le secrétariat de la Commission publie des sommaires de décisions judiciaires (et, le cas échéant, de sentences arbitrales) qui interprètent les conventions et les lois types découlant des travaux de la Commission. (Pour de plus amples informations sur ce système, voir ci-dessous par. 202.)

Examen de l'article au sein de la CNUDCI

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 174.

D. Chapitre II. Accès des représentants et ses créanciers étrangers aux tribunaux du présent État

Article 9. Droit d'accès direct

Un représentant étranger est habilité à s'adresser directement à un tribunal du présent État.

93. L'article 9 se limite à énoncer le principe de l'accès direct du représentant étranger aux tribunaux de l'État adoptant, dispensant ainsi ledit représentant de formalités telles que licences ou actions consulaires. Il ne traite pas, en particulier, de l'octroi aux tribunaux de l'État adoptant du pouvoir d'accorder des mesures au représentant étranger.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 176 à 178.

A/CN.9/419, par. 77 à 79, 172 et 173.

A/CN.9/422, par. 144 à 151.

A/CN.9/433, par. 50 à 58.

A/CN.9/435, par. 129 à 133.

---

[l] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

[m] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

Article 10. Compétence limitée

Le seul fait qu'une demande soit présentée par un représentant étranger en vertu de la présente Loi à un tribunal du présent État ne soumet pas ledit représentant ni les biens ou affaires du débiteur à l'étranger à la compétence des tribunaux du présent État pour d'autres fins que celles indiquées dans la demande.

94. L'article 10 constitue une "clause de sauvegarde" visant à garantir que le tribunal de l'État adoptant n'étendra pas sa compétence à l'ensemble des biens du débiteur au seul motif que le représentant étranger aurait introduit une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère. Il indique aussi clairement que la demande de reconnaissance n'est pas à elle seule un motif suffisant pour que le tribunal de l'État adoptant fasse valoir sa compétence sur le représentant étranger pour des questions non liées à l'insolvabilité. Il vise à apaiser les craintes manifestées par les représentants ou créanciers étrangers devant cette possibilité d'extension de la compétence résultant d'une demande de mesure au titre de la Loi type.

95. La limitation de la compétence sur le représentant étranger, énoncée à l'article 10, n'est pas absolue. Elle a pour unique objet de protéger suffisamment le représentant étranger pour ne pas le dissuader de s'adresser aux tribunaux. Pour ce faire, l'article 10 dispose que le fait qu'un représentant étranger présente une demande de reconnaissance à un tribunal de l'État adoptant ne soumet pas l'ensemble des biens sous la supervision dudit représentant à la compétence de ce tribunal. D'autres motifs possibles d'exercice de la compétence sur le représentant étranger ou les biens en vertu des lois de l'État adoptant ne sont pas affectés. Ainsi, un acte délictuel ou une inconduite du représentant étranger peut constituer un motif de déclaration de compétence pour connaître des conséquences d'une telle action. En outre, un représentant étranger qui demande des mesures dans l'État adoptant doit respecter les conditions auxquelles le tribunal peut subordonner les mesures accordées (art. 22, par. 2).

96. L'article 10 pourra sembler superflu dans les États où les règles relatives à la compétence n'autorisent pas un tribunal à se déclarer compétent pour connaître d'une demande, au seul motif que le demandeur avait comparu devant lui. Néanmoins, il serait utile d'incorporer l'article, même dans ces États, de manière à dissiper toute crainte des représentants ou créanciers étrangers quant à la possibilité d'une déclaration de compétence, uniquement fondée sur une demande de mesure.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 179 à 182.

A/CN.9/422, par. 160 à 166.

A/CN.9/433, par. 68 à 70.

A/CN.9/435, par. 134 à 136.

Article 11. Demande d'ouverture par le représentant étranger d'une procédure en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

Un représentant étranger est habilité à demander l'ouverture d'une procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] si les conditions d'ouverture d'une telle procédure sont par ailleurs réunies.

97. De nombreuses lois nationales, lorsqu'elles énumèrent les personnes pouvant demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ne mentionnent pas le représentant d'une procédure étrangère; on peut alors se demander si ce représentant est habilité à présenter une telle demande.

98. L'article 11 a pour objet de garantir que le représentant étranger (d'une procédure étrangère aussi bien principale que non principale), est habilité à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (ou a la "légitimité procédurale"). Toutefois, il y est précisé (par les mots "si les conditions d'ouverture d'une telle procédure sont par ailleurs réunies") qu'il ne modifie pas par ailleurs les conditions dans lesquelles une procédure d'insolvabilité peut être entamée dans l'État adoptant.

99. Un représentant étranger peut se prévaloir de ce droit sans avoir à demander auparavant la reconnaissance de la procédure étrangère, car l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité peut être cruciale dans les cas où il est urgent de préserver les biens du débiteur. L'article 11 reconnaît que non seulement le représentant d'une procédure étrangère principale, mais aussi un représentant d'une procédure étrangère non principale, peuvent avoir un intérêt légitime dans l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant. L'obligation de satisfaire aux autres conditions d'ouverture d'une telle procédure en vertu de la loi de l'État adoptant constitue une garantie suffisante contre des demandes abusives.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 183 à 187.

A/CN.9/422, par. 170 à 177.

A/CN.9/433, par. 71 à 75.

A/CN.9/435, par. 137 à 146.

Article 12. Participation du représentant étranger à une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger est habilité à participer à une procédure concernant le débiteur ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*].

100. L'article 12 a pour objet de garantir que, lorsqu'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un débiteur a lieu dans l'État adoptant, le représentant étranger d'une procédure concernant le débiteur a la capacité procédurale (ou la "légitimité procédurale") de présenter une requête, une demande ou des conclusions concernant des questions telles que la protection, la réalisation ou la répartition des biens du débiteur ou la coopération avec la procédure étrangère.

101. Cet article se limite en particulier à habiliter le représentant étranger sans lui donner des pouvoirs ou des droits spécifiques. Il ne précise pas les types de demandes que peut présenter le représentant étranger et ne modifie pas les dispositions de la législation sur l'insolvabilité de l'État adoptant régissant la suite donnée aux demandes.

102. Si la loi de l'État adoptant utilise un terme autre que "participer" pour exprimer cette notion, cet autre terme pourra être utilisé dans la loi donnant effet à la Loi type. Il convient de noter toutefois que le terme "intervenir"est déjà employé à l'article 24, dans lequel il vise le cas où le représentant étranger prend part à une action individuelle intentée par ou contre le débiteur (par opposition à une procédure d'insolvabilité collective).

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 188 et 189.

A/CN.9/422, par. 114 et 115, 147 et 149.

A/CN.9/433, par. 58.

A/CN.9/435, par. 147 à 150.

Article 13. Accès des créanciers résidant à l'étranger à une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 du présent article, les créanciers résidant à l'étranger ont, en ce qui concerne l'ouverture d'une procédure et la participation à cette procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], les mêmes droits que les créanciers résidant dans le présent État.

2. Le paragraphe 1 du présent article ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances dans une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], à ceci près que les créances du créancier résidant à l'étranger n'ont pas un rang de priorité inférieur à [*identifier la catégorie des créances non préférentielles non garanties et indiquer que les créances étrangères doivent avoir un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties, si des créances locales équivalentes (par exemple, créances découlant d'une sanction pécuniaire et créances dont le paiement a été différé) ont un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties*][b].

[b]L'État adoptant pourra envisager de remplacer le paragraphe 2 de l'article 13 par le texte suivant:

"2. Le paragraphe 1 du présent article ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances dans une procédure ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], ni à l'exclusion d'une telle procédure des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers. Néanmoins, les créances des créanciers résidant à l'étranger autres que celles qui se rapportent aux obligations fiscales et de sécurité sociale n'ont pas un rang de priorité inférieur à [*identifier la catégorie des créances non préférentielles non garanties et indiquer que les créances étrangères doivent avoir un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties, si des créances locales équivalentes (par exemple, créances découlant d'une sanction pécuniaire et créances dont le paiement a été différé) ont un rang de priorité inférieur à celui des créances non préférentielles non garanties*]."

103. Abstraction faite de l'exception contenue au paragraphe 2, l'article 13 énonce le principe selon lequel les créanciers étrangers qui demandent l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant ou qui produisent des créances dans une telle procédure, ne doivent pas être moins bien traités que les créanciers locaux.

104. Il ressort clairement du paragraphe 2 que le principe de non-discrimination consacré au paragraphe 1 n'affecte pas les dispositions relatives au rang des créances dans les procédures d'insolvabilité, y compris toutes dispositions pouvant assigner un rang spécial aux créances des créanciers étrangers. Peu d'États ont actuellement des dispositions assignant un rang spécial aux créanciers étrangers. Toutefois, afin que des dispositions accordant le rang le moins élevé aux créances étrangères ne vident pas le principe de non-discrimination de son sens, le paragraphe 2 établit le rang minimum pour les créances des créanciers étrangers, à savoir celui de créances ordinaires non assorties de sûretés. Il est prévu une exception à cette règle dans les cas où la créance en question aurait, si elle était produite par un créancier local, un rang inférieur aux créances ordinaires non assorties de sûretés (il peut s'agir par exemple de créances d'une autorité publique pour des peines pécuniaires ou des amendes, ou de créances dont le paiement est différé en raison de l'existence d'une relation particulière entre le débiteur et le créancier ou encore de créances produites après l'expiration du délai fixé). Ces créances particulières peuvent venir après les créances ordinaires non assorties de sûretés pour des raisons autres que la nationalité du créancier ou le lieu où il se trouve, comme prévu dans la loi de l'État adoptant.

105. L'alternative figurant dans la note ne diffère de la disposition du texte que dans la mesure où elle propose aux États, qui refusent de reconnaître les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers, une formulation leur permettant de maintenir cette discrimination.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 190 à 192.

A/CN.9/422, par. 179 à 187.

A/CN.9/433, par. 77 à 85.

A/CN.9/435, par. 151 à 156.

Article 14. Notification aux créanciers résidant à l'étranger d'une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité]

1. Lorsqu'en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], notification doit être donnée aux créanciers résidant dans le présent État, notification est également donnée aux créanciers connus qui n'y ont pas d'adresse. Le tribunal peut ordonner que des mesures appropriées soient prises pour aviser tout créancier dont l'adresse n'est pas encore connue.

2. Cette notification est adressée individuellement aux créanciers résidant à l'étranger, à moins que le tribunal ne juge, en fonction des circonstances, qu'une autre forme de notification serait plus appropriée. Aucune commission rogatoire ou autre formalité similaire n'est requise.

3. Lorsque la notification d'une procédure doit être adressée à des créanciers résidant à l'étranger, la notification doit:

a) Indiquer un délai raisonnable à observer pour la production des créances et spécifier le lieu où elles doivent être produites;

b) Indiquer si les créanciers dont la créance est assortie d'une sûreté doivent produire ladite créance; et

c) Contenir toute autre information requise pour la notification aux créanciers conformément à la loi du présent État et aux décisions du tribunal.

Paragraphes 1 et 2

106. La notification aux créanciers étrangers prévue au paragraphe 1 a pour objectif principal d'informer ces derniers de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et des délais dans lesquels ils doivent produire leurs créances. En outre, l'article 14 exige, comme corollaire au principe de l'égalité de traitement établi dans l'article 13, que les créanciers étrangers soient avisés dans tous les cas où une notification est exigée pour les créanciers de l'État adoptant.

107. Les États ont des dispositions ou des pratiques différentes concernant les méthodes de notification aux créanciers; cette notification peut prendre la forme, par exemple, d'une publication au journal officiel ou dans des journaux locaux, de notifications individuelles, d'affichages dans les locaux des tribunaux ou peut associer plusieurs de ces méthodes. Si la forme de la notification était déterminée par la loi nationale, les créanciers étrangers seraient désavantagés par rapport aux créanciers locaux, puisqu'ils n'ont en règle générale pas directement accès aux publications locales. C'est pourquoi le paragraphe 2 exige par principe une notification individuelle pour les créanciers étrangers, tout en laissant au tribunal la possibilité d'en décider

autrement (par exemple, dans le cas où une notification individuelle entraînerait des coûts trop élevés ou ne semblerait pas réalisable vu les circonstances).

108. S'agissant de la forme de la notification individuelle, les États peuvent recourir à des méthodes spéciales pour les notifications qui doivent être adressées dans une juridiction étrangère (envoi par la voie diplomatique par exemple). Mais dans les procédures d'insolvabilité, ces méthodes seraient souvent trop lourdes et lentes et ne garantiraient en général pas une notification en temps voulu aux créanciers étrangers de la procédure d'insolvabilité. Il serait donc bon que ces notifications soient adressées par les moyens rapides que le tribunal juge appropriés. Ces considérations sont à la base de la clause du paragraphe 2 selon laquelle "aucune commission rogatoire ou autre formalité similaire n'est requise".

109. De nombreux États sont parties à des traités bilatéraux ou multilatéraux sur la coopération judiciaire, qui contiennent souvent des dispositions sur les procédures de communication d'actes judiciaires ou extrajudiciaires à des destinataires se trouvant à l'étranger. La Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale (1965)[n], adoptée sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé, en est un exemple. Les procédures prévues par ces traités peuvent certes constituer une simplification par rapport à une communication traditionnelle par la voie diplomatique, mais elles seraient souvent, pour les raisons indiquées au paragraphe précédent, inappropriées pour les affaires d'insolvabilité internationale. On peut se demander si la disposition du paragraphe 2, qui permet de ne pas recourir aux commissions rogatoires ou à des formalités analogues, est compatible avec ces traités. Chaque État devra examiner cette question à la lumière de ses obligations conventionnelles, mais de manière générale la disposition du paragraphe 2 n'engendrera pas de conflit avec les obligations internationales de l'État adoptant, parce que l'objectif des traités évoqués plus haut est généralement de faciliter la communication et non pas d'exclure l'utilisation de procédures de notification encore plus simples que celles qu'ils ont établies; ainsi l'article 10 de la Convention susmentionnée énonce ce qui suit:

> "La présente Convention ne fait pas obstacle, sauf si l'État de destination déclare s'y opposer:
>
> *a)* À la faculté d'adresser directement, par la voie de la poste, des actes judiciaires aux personnes se trouvant à l'étranger,
>
> *b)* À la faculté, pour les officiers ministériels, fonctionnaires ou autres personnes compétentes de l'État d'origine, de faire procéder à des significations ou notifications d'actes judiciaires directement par les soins des officiers ministériels, fonctionnaires ou autres personnes compétentes de l'État de destination,
>
> *c)* À la faculté, pour toute personne intéressée à une instance judiciaire, de faire procéder à des significations ou notifications d'actes judiciaires directement par les soins des officiers ministériels, fonctionnaires ou autres personnes compétentes de l'État de destination."
>
> Si persiste néanmoins un conflit entre la deuxième phrase du paragraphe 2 et un traité, l'article 3 de la Loi type offre la solution.

---

[n] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 658, n° 9432.

110. Le paragraphe 2 indique que les commissions rogatoires constituent une formalité qui n'est pas obligatoire pour une notification au sens de l'article 14, mais dans de nombreux États de telles notifications ne seraient jamais transmises sous forme de commission rogatoire. Dans ces États, elle serait employée à d'autres fins, par exemple pour demander des preuves dans un pays étranger ou l'autorisation d'y effectuer tout autre acte judiciaire. Un tel emploi est régi, par exemple, par la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (1970)[o], adoptée sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé.

Paragraphe 3

111. Dans certains systèmes juridiques, un créancier qui produit une créance assortie d'une sûreté dans une procédure d'insolvabilité est réputé avoir renoncé à la sûreté ou à certains des privilèges attachés à la créance, et dans d'autres un créancier qui ne produit pas sa créance renonce automatiquement à cette sûreté ou à ces privilèges. Dans ce cas de figure, il conviendrait que l'État adoptant inclue à l'alinéa *b)* du paragraphe 3 une clause selon laquelle la notification doit comporter des informations concernant les effets de la production ou de la non-production de créances assorties de sûretés.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 193 à 198.

A/CN.9/419, par. 84 à 87.

A/CN.9/422, par. 188 à 191.

A/CN.9/433, par. 86 à 98.

A/CN.9/435, par. 157 à 164.

E. Chapitre III. Reconnaissance de la procédure étrangère et mesures disponibles

Article 15. Demande de reconnaissance de la procédure étrangère

1. Un représentant étranger peut demander au tribunal de reconnaître la procédure étrangère dans le cadre de laquelle le représentant étranger a été désigné.

2. Une demande de reconnaissance doit être accompagnée:

a) D'une copie certifiée conforme de la décision d'ouverture de la procédure étrangère et de désignation du représentant étranger; ou

b) D'un certificat du tribunal étranger attestant l'ouverture de la procédure étrangère et la désignation du représentant étranger; ou

[o] Ibid., vol. 847, n° 12140.

c) En l'absence des preuves visées aux alinéas *a)* et *b)*, de toute autre preuve de l'ouverture de la procédure étrangère et de la désignation du représentant étranger susceptible d'être acceptée par le tribunal.

3. Une demande de reconnaissance est également accompagnée d'une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur qui sont connues du représentant étranger.

4. Le tribunal peut exiger la traduction des documents fournis à l'appui de la demande de reconnaissance dans une langue officielle du présent État.

Ensemble de l'article

112. L'article 15 définit les principales conditions de procédure pour une demande de reconnaissance émanant d'un représentant étranger. Lors de son incorporation dans le droit interne, il est souhaitable de ne pas alourdir le processus en y ajoutant l'exigence de pièces autres que celles mentionnées. Avec l'article 15, associé à l'article 16, la Loi type offre à un représentant étranger qui demande une reconnaissance une démarche simple et rapide.

Paragraphe 2 de l'article 15 et paragraphe 2 de l'article 16

113. La Loi type part du principe que les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance n'ont pas à être authentifiés d'une manière particulière, notamment par légalisation: en vertu du paragraphe 2 de l'article 16, le tribunal est habilité à présumer que ces documents sont authentiques, qu'ils aient été ou non légalisés. "Légalisation" est un terme souvent employé pour désigner la formalité par laquelle un agent diplomatique ou consulaire de l'État dans lequel l'acte doit être produit atteste de la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou du timbre dont cet acte est revêtu.

114. Du paragraphe 2 de l'article 16 (selon lequel le tribunal "est habilité à présumer" l'authenticité des documents qui accompagnent la demande de reconnaissance), il découle que le tribunal a toute liberté de refuser de se fonder sur la présomption d'authenticité ou de conclure que la preuve du contraire prévaut. Cette souplesse tient compte du fait que le tribunal peut très bien être en mesure de vérifier lui-même si tel ou tel acte provient d'un tribunal particulier même s'il n'a pas été légalisé, mais aussi du fait que dans d'autres cas le tribunal peut ne pas être disposé à se fonder sur un acte étranger n'ayant pas été légalisé, en particulier lorsque les actes émanent d'un système juridique qu'il connaît mal. La présomption est utile dans la mesure où les procédures de légalisation peuvent être lourdes et prendre du temps (et aussi parce que dans certains États elles font intervenir diverses autorités à différents niveaux).

115. En ce qui concerne la disposition dispensant de toute légalisation, peut se poser la question d'un conflit avec les obligations internationales de l'État adoptant. Plusieurs États sont en effet parties à des traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs à la reconnaissance mutuelle et à la légalisation des actes, tels que la Convention supprimant

l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers (1961)[p], adoptée sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé, qui prévoit des procédures simplifiées particulières pour la légalisation des actes émanant des États signataires. Toutefois, les traités sur la légalisation des actes, comme les commissions rogatoires et des formalités analogues, n'affectent pas, dans de nombreux cas, les lois et les réglementations qui ont aboli ou simplifié les procédures de légalisation, d'où l'improbabilité d'un conflit. Par exemple, la Convention susmentionnée énonce au paragraphe 2 de son article 3 ce qui suit:

> "Toutefois la [légalisation] ne peut être exigée lorsque soit les lois, règlements ou usages en vigueur dans l'État où l'acte est produit, soit une entente entre deux ou plusieurs États Contractants l'écartent, la simplifient ou dispensent l'acte de légalisation."

Aux termes de l'article 3 de la Loi type, au cas où demeure un conflit entre la Loi type et un traité, le traité prévaut.

Alinéa c) du paragraphe 2

116. Afin de ne pas empêcher la reconnaissance en raison du non-respect d'un simple point de détail (par exemple lorsque le demandeur n'est pas en mesure de soumettre des documents conformes en tous points aux conditions énoncées aux alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 2), l'alinéa *c)* du paragraphe 2 permet de prendre en considération les preuves autres que celles qui sont indiquées aux alinéas *a)* et *b)*; cette disposition, cependant, n'empiète pas sur le pouvoir du tribunal d'insister sur la présentation des preuves qu'il juge acceptables. Il est donc souhaitable de conserver cette souplesse lors de l'adoption de la Loi type. Le paragraphe 2 de l'article 16, qui dispose que le tribunal est "habilité à présumer" de l'authenticité des documents accompagnant la demande de reconnaissance, s'applique également aux documents soumis au titre de l'alinéa *c)* du paragraphe 2 (voir ci-dessus par. 114 et 115).

Paragraphe 3

117. Aux termes du paragraphe 3, une demande de reconnaissance doit être accompagnée d'une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur qui sont connues du représentant étranger. Le tribunal a besoin de cette information non pas tant pour sa décision concernant la reconnaissance elle-même que pour toute décision accordant des mesures en faveur de la procédure étrangère. Pour adapter les mesures accordées comme il se doit et veiller à ce qu'elles soient compatibles avec une autre procédure d'insolvabilité concernant le même débiteur, le tribunal doit avoir connaissance de toutes les procédures étrangères engagées à l'encontre de ce débiteur dans des États tiers.

118. Une disposition établissant expressément le devoir d'informer est utile, tout d'abord parce que le représentant étranger disposera ainsi certainement d'informations plus complètes que le tribunal sur les affaires du débiteur dans des États tiers et deuxièmement parce que le représentant étranger peut avoir avant tout intérêt à obtenir des mesures en faveur de sa procédure étrangère et se soucier moins de la coordination

[p] Ibid., vol. 527, n° 7625.

avec une autre procédure étrangère. (Le devoir d'informer le tribunal d'une procédure étrangère portée à la connaissance du représentant étranger après la décision de reconnaissance est énoncé à l'article 18; pour ce qui est de la coordination de plusieurs procédures étrangères, voir l'article 30.)

Paragraphe 4

119. Le paragraphe 4 autorise, mais ne contraint pas, le tribunal à demander une traduction de certains ou de la totalité des documents accompagnant la demande de reconnaissance. Si cette discrétion est compatible avec les procédures du tribunal, elle est utile puisqu'elle permet, lorsque le tribunal comprend les documents, de réduire le temps nécessaire à l'adoption d'une décision sur la reconnaissance et de réduire les coûts.

Notification

120. Il existe différentes réponses à la question de savoir si le tribunal est tenu de notifier une demande de reconnaissance. Dans un certain nombre de systèmes juridiques, les principes fondamentaux de la garantie d'une procédure régulière, parfois consacrés dans la constitution, peuvent être interprétés comme exigeant qu'une décision de l'importance de la reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité étrangère ne soit prise qu'après audition des parties visées. Dans d'autres États, en revanche, on considère que les demandes de reconnaissance de procédures étrangères doivent être traitées rapidement (car elles sont souvent présentées lorsqu'il y a un risque imminent de dispersion ou de dissimulation des biens) et que, pour cette raison, la publication d'une notification avant toute décision du tribunal sur la reconnaissance n'est pas nécessaire. Dans ce même ordre d'idées, l'imposition de cette condition entraînerait des retards inutiles et serait incompatible avec le paragraphe 3 de l'article 17 qui dispose que la décision relative à une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère doit être rendue le plus tôt possible.

121. La Loi type ne résout pas les questions de procédure relatives à la notification, qui sont donc régies par d'autres dispositions législatives de l'État adoptant. L'absence de référence expresse à la notification d'une demande de reconnaissance ou de la décision d'accorder la reconnaissance n'empêche pas le tribunal de publier une telle notification, lorsqu'elle est exigée par la loi, conformément à ses propres règles concernant les procédures civiles ou les procédures d'insolvabilité. De la même manière, la Loi type ne comporte aucune disposition imposant la publication de cette notification, lorsqu'une telle disposition n'existe pas dans la législation nationale.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 199 à 209.

A/CN.9/419, par. 62 à 69 et 178 à 189.

A/CN.9/422, par. 76 à 93 et 152 à 159.

A/CN.9/433, par. 59 à 67 et 99 à 104.

A/CN.9/435, par. 165 à 173.

Article 16. Présomptions concernant la reconnaissance

1. Si la décision ou le certificat visés au paragraphe 2 de l'article 15 indiquent que la procédure étrangère est une procédure au sens de l'alinéa *a)* de l'article 2 et que le représentant étranger est une personne ou un organe au sens de l'alinéa *d)* de l'article 2, le tribunal peut présumer qu'il en est ainsi.

2. Le tribunal est habilité à présumer que les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance sont authentiques, qu'ils aient ou non été légalisés.

3. Sauf preuve contraire, le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux.

122. L'article 16 établit des présomptions permettant au tribunal d'accélérer le processus relatif à la preuve, ce qui n'empêche pas, conformément au droit procédural applicable, la demande ou l'évaluation d'autres preuves si la conclusion découlant de la présomption est mise en doute par ledit tribunal ou par une partie intéressée.

123. Pour les commentaires sur le paragraphe 2, qui concernent la dispense de légalisation, voir ci-dessus les paragraphes 113 à 115.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 204 à 206.

A/CN.9/435, par. 170 à 172.

Article 17. Décision de reconnaître une procédure étrangère

1. Sans préjudice des dispositions de l'article 6, une procédure étrangère est reconnue si:

a) La procédure étrangère est une procédure au sens de l'alinéa *a)* de l'article 2;

b) Le représentant étranger demandant la reconnaissance est une personne ou un organe au sens de l'alinéa *d)* de l'article 2;

c) La demande satisfait aux exigences du paragraphe 2 de l'article 15; et

d) La demande a été soumise au tribunal visé à l'article 4.

2. La procédure étrangère est reconnue:

a) En tant que procédure étrangère principale si elle a lieu dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux; ou

b) En tant que procédure étrangère non principale si le débiteur a un établissement au sens de l'alinéa *f)* de l'article 2 dans l'État étranger.

3. La décision relative à une demande de reconnaissance d'une procédure étrangère est rendue le plus tôt possible.

4. Les dispositions des articles 15, 16, 17 et 18 n'empêchent pas la modification ou la cessation de la reconnaissance s'il apparaît que les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu'ils ont cessé d'exister.

Paragraphes 1 à 3

124. L'article 17 a pour objet d'indiquer que si la reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public de l'État adoptant et si la demande est conforme aux conditions énoncées dans l'article, la reconnaissance sera accordée d'office.

125. Sauf pour ce qui est de l'exception d'ordre public (voir art. 6), les conditions de reconnaissance n'incluent pas celles qui permettraient au tribunal examinant la demande de reconnaissance d'évaluer les mérites de la décision du tribunal étranger qui a entamé la procédure ou du représentant étranger désigné. Il est souvent essentiel pour le représentant étranger d'obtenir rapidement la reconnaissance (et d'être ainsi en mesure d'invoquer en particulier les articles 20, 21, 23 et 24) pour éviter par un moyen efficace que les biens du débiteur ne soient dispersés ou dissimulés; c'est pour cette raison que le paragraphe 3 fait obligation au tribunal de rendre sa décision sur la demande "le plus tôt possible". Dans la pratique, le tribunal devrait être en mesure de conclure la procédure de reconnaissance dans ces délais limités.

126. Le paragraphe 2 de l'article 17 établit une distinction fondamentale entre les procédures étrangères classées "principales" et celles qui ne le sont pas, en fonction de leur base juridictionnelle (voir par. 75 ci-dessus). Les mesures découlant de la reconnaissance peuvent dépendre de la catégorie dans laquelle entre la procédure étrangère. Par exemple, la reconnaissance d'une procédure "principale" entraîne une interdiction ou une suspension automatique des actions individuelles des créanciers ou des mesures d'exécution sur les biens du débiteur (par. 1 *a)* et *b)* de l'article 20) et, à certaines exceptions près indiquées au paragraphe 2 de l'article 20, un "gel" automatique de ces biens (par. 1 *c)* de l'article 20).

127. Il n'est pas souhaitable d'utiliser plus d'un critère pour classer une procédure étrangère dans la catégorie des procédures principales et de prévoir que sur la base de l'un quelconque de ces critères une procédure peut être réputée principale. Cette "multiplicité" des critères risquerait d'entraîner des demandes concurrentes de reconnaissance de procédures étrangères comme procédure principale.

128. En ce qui concerne l'alinéa *b)* du paragraphe 2, comme il a été indiqué au paragraphe 73, la Loi type n'envisage pas la reconnaissance d'une procédure ouverte dans un État étranger dans lequel le débiteur a des biens mais n'a pas d'établissement au sens de l'alinéa *c)* de l'article 2.

Paragraphe 4

129. Une décision de reconnaissance d'une procédure étrangère pourra normalement être soumise à réexamen ou à annulation, comme toute autre décision d'un tribunal. Le paragraphe 4 précise que la question du réexamen de la décision de reconnaissance est déterminée par les règles de procédure de l'État adoptant autres que les dispositions donnant effet à la Loi type s'il apparaît que les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu'ils avaient cessé d'exister.

130. La modification ou l'annulation de la décision de reconnaissance peut provenir d'un changement des circonstances après ladite décision, par exemple si la procédure étrangère reconnue a cessé ou si elle a changé de nature (par exemple une procédure de redressement peut être transformée en procédure de liquidation). En outre, des faits nouveaux exigeant ou justifiant un changement de la décision du tribunal peuvent intervenir, par exemple si le représentant étranger n'a pas respecté les conditions auxquelles le tribunal a accordé des mesures.

131. Une décision de reconnaissance peut être également soumise à réexamen afin de déterminer si, dans le processus de prise de décisions, les conditions relatives à la reconnaissance ont été respectées. Certaines procédures d'appel régies par les lois nationales donnent à la cour d'appel la faculté de se prononcer quant au fond et de se pencher sur les éléments de fait. Aux fins de cohérence avec l'objectif de la Loi type et avec la nature de la décision accordant la reconnaissance (qui se limite à vérifier si le demandeur a répondu aux conditions de l'article 17), il conviendrait qu'un appel de la décision se limite à déterminer si la décision de reconnaître la procédure étrangère était conforme aux dispositions des articles 15 et 16.

Notification de la décision de reconnaître les procédures étrangères

132. Comme il est été indiqué aux paragraphes 120 et 121, la Loi type ne traite pas des questions de procédure relatives à la notification de la décision d'accorder la reconnaissance, qui doivent être régies par d'autres dispositions de la loi de l'État adoptant.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 29 à 33, 201 et 202.

A/CN.9/419, par. 62 à 69.

A/CN.9/422, par. 76 à 93.

A/CN.9/433, par. 99 à 104.

A/CN.9/435, par. 167 à 173.

Article 18. Informations ultérieures

À compter de la présentation de la demande de reconnaissance de la procédure étrangère, le représentant étranger informe rapidement le tribunal:

a) De toute modification substantielle du statut de la procédure étrangère reconnue ou du statut de la nomination du représentant étranger; et

b) De toute autre procédure étrangère concernant le débiteur qui a été portée à sa connaissance.

Alinéa a)

133. Il peut arriver qu'après la demande de reconnaissance ou après la reconnaissance, des changements interviennent dans la procédure étrangère, qui auraient influé sur la décision de reconnaissance ou sur les mesures accordées sur la base de ladite reconnaissance. Par exemple, la procédure étrangère peut cesser ou devenir une procédure de redressement après avoir été une procédure de liquidation, ou encore les conditions de nomination du représentant étranger peuvent être modifiées ou cette nomination peut être elle-même annulée. La disposition tient compte du fait que les modifications techniques apportées au statut de la procédure ou aux conditions de nomination sont fréquentes, mais que certaines de ces modifications seulement sont telles qu'elles influeraient sur la décision d'accorder des mesures ou la décision de reconnaître la procédure; il n'est donc demandé des informations que sur des modifications "substantielles". Il est probable que le tribunal tienne tout particulièrement à demeurer informé lorsque sa décision de reconnaissance concerne une "procédure étrangère provisoire" ou lorsqu'un représentant étranger a été "nommé à titre provisoire" (voir alinéas *a)* et *d)* de l'article 2).

Alinéa b)

134. Aux termes du paragraphe 3 de l'article 15, une demande de reconnaissance doit être accompagnée d'une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur qui sont connues du représentant étranger. L'alinéa *b)* de l'article 18 étend cette obligation jusqu'après la présentation de la demande de reconnaissance. Cette information permettra au tribunal de déterminer si les mesures déjà accordées doivent être coordonnées avec l'existence de la procédure d'insolvabilité qui a été ouverte après la décision de reconnaissance (voir art. 30).

Examen de l'article au sein de la CNUDCI

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), paragraphes 113 à 116, 201, 202 et 207.

Article 19. Mesures disponibles dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère

1. Entre l'introduction d'une demande de reconnaissance et le prononcé de la décision relative à la reconnaissance, lorsqu'il est urgent de prendre des mesures pour protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, le tribunal peut, à la demande du représentant étranger, prendre les mesures provisoires suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur;

b) Confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur situés dans le présent État au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal, afin de protéger et préserver la valeur de ces biens lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, ils sont périssables, susceptibles de se dévaluer, ou autrement menacés;

c) Accorder toutes mesures visées aux alinéas *c), d)* et *g)* du paragraphe 1 de l'article 21.

2. [*Insérer les dispositions (ou mentionner les dispositions en vigueur dans l'État adoptant) relatives à la notification.*]

3. À moins qu'elles ne soient prolongées en vertu de l'alinéa *f)* du paragraphe 1 de l'article 21, les mesures accordées conformément au présent article cessent dès qu'il est statué sur la demande de reconnaissance.

4. Le tribunal peut refuser d'accorder les mesures visées au présent article si ces mesures risquent d'entraver l'administration de la procédure étrangère principale.

Paragraphe 1

135. L'article 19 traite des mesures "urgentes" qui peuvent être ordonnées à l'appréciation du tribunal et qui peuvent être accordées dès la demande de reconnaissance d'une procédure étrangère (contrairement aux mesures prévues à l'article 21, qui sont aussi discrétionnaires mais qui ne peuvent être accordées qu'au moment de la reconnaissance).

136. L'article 19 autorise le tribunal à accorder le type de mesures habituellement applicables seulement dans les procédures d'insolvabilité collectives (c'est-à-dire le même type de mesures que celles qui sont autorisées au titre de l'article 21, contrairement aux mesures de caractère "individuel" qui peuvent être accordées avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au titre des règles de la procédure civile (par exemple les mesures visant des biens particuliers identifiés par un créancier). Toutefois, les mesures discrétionnaires collectives prévues à l'article 19 sont un peu plus restreintes que celles qui sont prévues à l'article 21.

137. Si des mesures collectives ont été prévues, quoique de manière restreinte, c'est parce qu'il peut être urgent d'en accorder avant même la décision de reconnaissance afin de protéger les biens du débiteur et les intérêts des créanciers. L'exclusion de mesures collectives irait à l'encontre de ces objectifs. D'autre part, la reconnaissance n'ayant pas encore été accordée, elles sont limitées à des mesures urgentes et provisoires. Il est fait d'ailleurs allusion à l'urgence de ces mesures dans le chapeau du paragraphe 1, l'alinéa *a)* de ce paragraphe limitant la suspension ou l'interdiction aux mesures d'exécution, et la mesure mentionnée à l'alinéa *b)* étant restreinte aux biens périssables et aux biens susceptibles de se dévaluer ou autrement menacés. Les autres mesures disponibles au titre de l'article 19 sont par ailleurs essentiellement les mêmes que celles qui sont prévues à l'article 21.

Paragraphe 2

138. La législation de nombreux États prévoit une notification (soit par l'administrateur de l'insolvabilité sur ordre du tribunal, soit par le tribunal lui-même) de l'octroi de mesures du type mentionné à l'article 19. Le paragraphe 2 est l'endroit où l'État adoptant doit prévoir une telle notification.

Paragraphe 3

139. Les mesures applicables au titre de l'article 19 sont provisoires en ce sens que, comme il est énoncé au paragraphe 3, elles cessent dès qu'il est statué sur la demande de reconnaissance; toutefois, le tribunal a la possibilité de les prolonger, comme il est prévu au paragraphe 1 *f)* de l'article 21, ce qu'il peut souhaiter faire, par exemple pour éviter une interruption entre la mesure provisoire accordée avant la reconnaissance et la mesure accordée après la reconnaissance.

Paragraphe 4

140. Le paragraphe 4 de l'article 19 vise le même objectif que celui de l'alinéa *a)* de l'article 30, à savoir que si une procédure étrangère principale est en cours, toute mesure accordée en faveur d'une procédure étrangère non principale doit être conforme à la procédure étrangère principale (ou ne pas interférer avec elle). Pour favoriser une telle coordination des mesures préalables à la reconnaissance avec toute procédure étrangère principale, le paragraphe 3 de l'article 15 dispose que le représentant étranger demandant la reconnaissance doit joindre à ladite demande une déclaration identifiant toutes les procédures étrangères concernant le débiteur qui sont connues du représentant étranger.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 34 à 46.

A/CN.9/419, par. 174 à 177.

A/CN.9/422, par. 116, 119, 122 et 123.

A/CN.9/433, par. 110 à 114.

A/CN.9/435, par. 17 à 23.

Article 20. Effets de la reconnaissance d'une procédure étrangère principale

1. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère qui est une procédure étrangère principale,

a) L'ouverture des actions ou des procédures individuelles visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur est interdite et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les mesures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues; et

c) Le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement, est suspendu.

2. La portée et la modification ou la cessation des mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 du présent article sont subordonnées [*se référer à toutes dispositions de la loi de l'État adoptant relative à l'insolvabilité applicables aux exceptions ou restrictions concernant les mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 du présent article, ainsi qu'à la modification ou à la cessation desdites mesures*].

3. L'alinéa *a)* du paragraphe 1 du présent article n'affecte pas le droit d'engager des actions ou procédures individuelles, dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur.

4. Le paragraphe 1 du présent article n'affecte pas le droit de demander l'ouverture d'une procédure [*en vertu des lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] ou le droit de produire des créances dans une telle procédure.

141. Si les mesures prévues aux articles 19 et 21 sont discrétionnaires, les effets énoncés à l'article 20, par contre, ne le sont pas. En d'autres termes, ils découlent automatiquement de la reconnaissance de la procédure étrangère principale. Il existe une autre différence entre les mesures discrétionnaires prévues aux articles 19 et 21 et les effets énoncés à l'article 20, à savoir que les premières peuvent être accordées pour des procédures aussi bien principales que non principales, alors que les seconds découlent uniquement des procédures principales.

142. Dans les États où il faut un ordre approprié du tribunal pour que les effets de l'article 20 se produisent, l'État adoptant devrait, pour atteindre l'objectif dudit article, inclure (éventuellement dans le chapeau du paragraphe 1) un libellé invitant le tribunal à émettre un ordre donnant effet aux conséquences énoncées aux alinéas *a)* à *c)* du paragraphe 1.

143. Les conséquences automatiques envisagées à l'article 20 sont nécessaires afin que soient prises des mesures pour organiser une procédure d'insolvabilité internationale coordonnée et équitable. Pour ce faire, il est justifié d'imposer au débiteur insolvable les conséquences de l'article 20 dans l'État adoptant (c'est-à-dire le pays où il a une présence commerciale limitée) même si l'État où se trouve le centre de ses intérêts principaux impose des conditions différentes (peut-être moins strictes) pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou même si les effets automatiques de la procédure d'insolvabilité dans le pays d'origine sont différents des effets de l'article 20 dans l'État adoptant. Cette approche reflète un principe fondamental qui sous-tend la Loi type, à savoir que la reconnaissance d'une procédure étrangère par le tribunal de l'État adoptant produit des effets jugés nécessaires pour une conduite coordonnée et équitable d'une insolvabilité internationale. La reconnaissance a donc pour avantage de produire ses propres effets plutôt que d'importer les conséquences de la loi étrangère dans le système d'insolvabilité de l'État adoptant. Si la reconnaissance doit, dans une affaire donnée, aboutir à des résultats contraires aux intérêts légitimes d'une partie intéressée, y compris le débiteur, la loi de l'État adoptant doit donner des possibilités de protéger ces intérêts, comme il est indiqué au paragraphe 2 de l'article 20 (voir également par. 149 ci-après).

144. Conformément à l'alinéa *a)* de l'article 2, les effets de la reconnaissance s'étendent également à la "procédure provisoire" étrangère. Une telle solution est nécessaire puisque, comme il est expliqué plus haut au paragraphe 69, il ne faut pas distinguer les procédures provisoires (si elles remplissent les conditions de l'alinéa *a)* de l'article 2) des autres procédures d'insolvabilité du seul fait de leur caractère provisoire. Si, après la reconnaissance, la "procédure étrangère provisoire" cesse d'être suffisamment fondée pour que l'article 20 produise ses effets automatiques, il peut être mis fin à la suspension automatique conformément à la loi de l'État adoptant, comme il est indiqué au paragraphe 2 de l'article 20. (Voir également l'article 18, qui porte sur l'obligation faite au représentant étranger "d'informer rapidement le tribunal de toute modification substantielle du statut de la procédure étrangère reconnue ou du statut de la nomination du représentant étranger".)

145. En n'établissant pas de distinction entre les divers types d'actions individuelles, l'alinéa *a)* du paragraphe 1 vise également celles qui sont engagées auprès d'un tribunal arbitral. Ainsi, la limitation impérative de l'applicabilité de l'accord d'arbitrage établi par l'article 20 s'ajoute aux autres restrictions de la liberté des parties de choisir un arbitrage pouvant exister dans une législation nationale (par exemple restrictions quant à la possibilité de recourir à l'arbitrage ou la capacité de conclure un accord d'arbitrage). De telles restrictions ne sont pas contraires à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958)[q]. Toutefois, compte tenu des particularités de l'arbitrage international, en particulier son indépendance relative par rapport au système juridique de l'État où la procédure d'arbitrage a lieu, il pourrait être parfois impossible, sur le plan pratique, de donner effet à la suspension ou à l'interdiction automatique de la procédure d'arbitrage. Cela étant, les intérêts des parties peuvent justifier l'autorisation de la poursuite d'une procédure arbitrale, possibilité envisagée au paragraphe 2 et qui est à déterminer par la législation de l'État adoptant.

146. L'alinéa *a)* du paragraphe 1 fait référence à la fois aux "actions individuelles" et aux "procédures individuelles" afin de couvrir, outre les "actions" engagées par des créanciers auprès d'un tribunal à l'encontre du débiteur ou de ses biens, les mesures de recouvrement prises par les créanciers en dehors des procédures judiciaires, mesures que lesdits créanciers sont autorisés à prendre dans certaines conditions dans plusieurs États. L'alinéa *b)* du paragraphe 1 a été ajouté pour bien préciser que la suspension et l'interdiction portaient également sur les mesures d'exécution à l'encontre des biens du débiteur.

147. La Loi type ne traite pas des sanctions pouvant éventuellement s'appliquer aux actes accomplis en violation des mesures de suspension des transferts de biens visées au paragraphe 1 *c)* de l'article 20. Ces sanctions qui varient d'un système juridique à l'autre, peuvent comprendre aussi bien des sanctions pénales que des pénalités et des amendes, ou bien les actes eux-mêmes peuvent être considérés comme nuls ou être susceptibles d'annulation. Du point de vue des créanciers, le principal objectif de ces sanctions est de faciliter le recouvrement pour la procédure d'insolvabilité de tout bien indûment transféré par le débiteur et que, à cette fin, il est préférable d'annuler de telles transactions plutôt que d'imposer des sanctions pénales ou administratives au débiteur.

[q]Ibid., vol. 330, n° 4739.

Paragraphe 2

148. Nonobstant le caractère “automatique” ou “obligatoire” des effets prévus à l’article 20, il est expressément indiqué que la portée de ces effets est subordonnée aux exceptions ou restrictions pouvant exister dans la loi de l’État adoptant. Il peut s’agir, par exemple, du recouvrement de créances par des créanciers bénéficiant d’une sûreté, de paiements effectués par le débiteur dans le cours normal de ses affaires, des actions en justice pour des créances postérieures à l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité (ou à la reconnaissance d’une procédure étrangère principale), ou encore de l’achèvement d’opérations en cours sur les marchés financiers.

149. Il peut être parfois souhaitable que le tribunal modifie ou fasse cesser les effets de l’article 20. Les règles régissant le pouvoir du tribunal en la matière varient. Dans certains systèmes juridiques, les tribunaux sont autorisés à accorder des exceptions individuelles sur demande d’une partie intéressée, en respectant les conditions prescrites par la loi locale, alors que dans d’autres, ils n’ont pas ce pouvoir, en vertu du principe qui veut que les tribunaux ne soient en général pas habilités à passer outre une règle de droit établie. Si l’on investissait les tribunaux d’un tel pouvoir, certains systèmes juridiques devraient normalement établir les bases sur lesquelles le tribunal pourrait modifier ou faire cesser les effets obligatoires de la reconnaissance au titre du paragraphe 1 de l’article 20. C’est pourquoi le paragraphe 2 de cet article prévoit que la modification ou la cessation des mesures d’interdiction et de suspension qui y sont visées sont subordonnées aux dispositions de la loi de l’État adoptant relative à l’insolvabilité.

150. De manière générale, il est utile que les personnes qui sont lésées par l’interdiction ou la suspension prévues au paragraphe 1 de l’article 20 puissent être entendues par le tribunal, qui devrait alors être autorisé à modifier ou à faire cesser ces effets. Aux fins de cohérence avec les objectifs de la Loi type, il serait souhaitable que l’État adoptant énonce les dispositions qui régissent cette question, ou y fasse référence.

Paragraphe 3

151. La Loi type ne traite pas de la question de savoir si le délai de prescription d’une créance continue de courir lorsque le requérant est dans l’impossibilité d’entamer une procédure individuelle du fait de l’application du paragraphe 1 *a)* de l’article 20. Il serait impossible d’établir une règle uniforme sur cette question. Toutefois, puisqu’il est nécessaire de protéger les créanciers contre la perte de leurs créances en raison d’une suspension en application du paragraphe 1 *a)* de l’article 20, le paragraphe 3 a été ajouté afin d’autoriser l’ouverture d’actions individuelles dans la mesure nécessaire pour préserver les créances à l’encontre du débiteur. Une fois que la créance a été préservée, l’action demeure soumise à la suspension.

152. Le paragraphe 3 peut sembler inutile dans un État où une demande de paiement ou d’exécution présentée au débiteur par le créancier a pour effet d’interrompre le délai de prescription, ou encore dans lequel le type d’interdiction ou de suspension envisagé au paragraphe 1 *a)* entraîne une telle interruption. Toutefois, le paragraphe 3 peut demeurer utile, même dans un tel État, premièrement parce que la question de l’interruption du délai de prescription peut, du fait des règles de conflit de lois, être régie par la loi d’un

État autre que l'État adoptant et, deuxièmement, afin de garantir aux créanciers étrangers que leurs créances pourront être préservées dans l'État adoptant.

Paragraphe 4

153. Le paragraphe 4 précise simplement que l'interdiction et la suspension automatiques prévues à l'article 20 n'empêche personne, y compris le représentant étranger et les créanciers étrangers, de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale et d'y participer. Le droit de demander l'ouverture d'une telle procédure et d'y participer est traité de façon générale dans les articles 11 à 13. Si une procédure locale est effectivement ouverte, l'article 29 traite de la coordination de cette procédure avec les procédures étrangères.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 47 à 60.

A/CN.9/419, par. 137 à 143.

A/CN.9/422, par. 94 à 110.

A/CN.9/433, par. 115 à 126.

A/CN.9/435, par. 24 à 48.

Article 21. Mesures disponibles dès la reconnaissance d'une procédure étrangère

1. Lorsqu'il est nécessaire de protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, le tribunal peut, dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, principale ou non principale, accorder, à la demande du représentant étranger, toute mesure appropriée, notamment:

a) Interdire l'ouverture des actions individuelles ou des procédures individuelles concernant les biens, les droits ou les obligations du débiteur ou suspendre lesdites actions ou procédures, dans la mesure où cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application de l'alinéa *a)* du paragraphe 1 de l'article 20;

b) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les biens du débiteur, si cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 20;

c) Suspendre le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement, dans la mesure où ce droit n'a pas été suspendu en application de l'alinéa *c)* du paragraphe 1 de l'article 20;

d) Faire interroger des témoins, recueillir des preuves ou fournir des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur;

e) Confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur, situés dans le présent État, au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal;

f) Prolonger les mesures accordées en application du paragraphe 1 de l'article 19;

g) Accorder toute autre mesure que pourrait prendre [*insérer le titre d'une personne ou d'un organe administrant un redressement ou une liquidation en vertu des lois de l'État adoptant*] en vertu des lois du présent État.

2. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, principale ou non principale, le tribunal peut, à la demande du représentant étranger, confier la distribution de tout ou partie des biens du débiteur situés dans le présent État au représentant étranger ou à une autre personne nommée par le tribunal, si le tribunal estime que les intérêts des créanciers se trouvant dans le présent État sont suffisamment protégés.

3. Lorsqu'il accorde une mesure en vertu du présent article au représentant d'une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que la mesure accordée se rapporte à des biens qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure.

154. Les mesures prévues à l'article 21 sont discrétionnaires, comme celles qui sont visées à l'article 19. Les mesures énumérées au paragraphe 1 sont les plus courantes ou les plus fréquentes dans les procédures d'insolvabilité; toutefois, la liste n'est pas exhaustive afin de ne pas restreindre inutilement le pouvoir du tribunal d'accorder le type de mesures applicables en vertu de la loi de l'État adoptant et nécessaires en fonction des circonstances de la cause.

155. L'explication relative à l'emploi des termes "actions individuelles" et "procédures individuelles", au paragraphe 1 *a)* de l'article 20, et à l'inclusion des mesures d'exécution (voir ci-dessus par. 145 et 146) s'applique également au paragraphe 1 *a)* de l'article 21.

156. Les mesures discrétionnaires sont par nature conçues de manière à ce que le tribunal puisse les moduler en fonction de l'affaire jugée. Cette idée est renforcée par le paragraphe 2 de l'article 22, selon lequel le tribunal peut subordonner les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées.

Paragraphe 2

157. La "remise" des biens au représentant étranger (ou à une autre personne), envisagée au paragraphe 2, est discrétionnaire. Il convient de noter que la Loi type contient plusieurs garanties visant à assurer la protection des intérêts locaux avant que les biens soient remis au représentant étranger. Ces garanties comprennent: l'énoncé général du principe de protection des intérêts locaux au paragraphe 1 de l'article 22; la disposition, au paragraphe 2, selon laquelle le tribunal ne doit pas autoriser la remise des biens tant qu'il n'est pas assuré que les intérêts des créanciers locaux sont protégés; et le paragraphe 2 de l'article 22 selon lequel le tribunal peut subordonner les mesures qu'il accorde aux conditions qu'il juge appropriées.

Paragraphe 3

158. Un point important à prendre en considération lorsque l'on adapte les mesures est de savoir si celles-ci s'appliquent à une procédure étrangère principale ou non principale. Les intérêts et l'autorité du représentant d'une procédure étrangère non principale sont généralement plus limités que les intérêts et l'autorité du représentant d'une procédure étrangère principale, qui cherche normalement à disposer de tous les biens du débiteur insolvable. Le paragraphe 3 traduit cette idée en prévoyant *a)* que les mesures accordées en faveur d'une procédure étrangère non principale devraient être limitées aux biens qui doivent être administrés dans cette procédure non principale et *b)* que, si le représentant étranger demande des informations concernant les biens ou les affaires du débiteur, les mesures doivent porter sur les informations demandées dans cette procédure. L'objectif est d'indiquer au tribunal que les mesures en faveur d'une procédure étrangère non principale ne devraient pas donner des pouvoirs inutilement étendus aux représentants étrangers et ne devraient pas interférer avec l'administration d'une autre procédure d'insolvabilité, en particulier la procédure principale.

159. L'expression "en vertu de la loi du présent État" traduit le principe sur lequel repose la Loi type, à savoir que reconnaître une procédure étrangère ne signifie pas étendre les effets de ladite procédure qui peuvent être prescrits par la loi de l'État étranger, mais faire que cette procédure étrangère produise des effets prévus par la loi de l'État adoptant.

160. L'idée qui sous-tend le paragraphe 3 de l'article 21 apparaît également au paragraphe 4 de l'article 19 (mesures avant reconnaissance), à l'alinéa *c)* de l'article 29 (coordination d'une procédure étrangère avec une procédure locale) et à l'article 30 (coordination de plus d'une procédure étrangère).

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 61 à 73.

A/CN.9/419, par. 148 à 152 et 154 à 166.

A/CN.9/422, par. 111 à 113.

A/CN.9/433, par. 127 à 134, 138 et 139.

A/CN.9/435, par. 49 à 61.

Article 22. Protection des créanciers et des autres personnes intéressées

1. Lorsqu'il accorde ou refuse toute mesure conformément à l'article 19 ou 21, ou lorsqu'il modifie ou fait cesser les mesures accordées en application du paragraphe 3 du présent article, le tribunal doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés.

2. Le tribunal peut subordonner aux conditions qu'il juge appropriées toute mesure accordée conformément à l'article 19 ou 21.

3. Le tribunal, statuant à la demande du représentant étranger ou de toute personne physique ou morale lésée par toute mesure accordée en vertu de l'article 19 ou 21, ou statuant d'office, peut modifier ou faire cesser ladite mesure.

161. L'idée sous-jacente à l'article 22 est qu'il devrait y avoir un équilibre entre les mesures pouvant être accordées au représentant étranger et les intérêts des personnes susceptibles d'être lésées par ces mesures. Cet équilibre est indispensable pour que soient atteints les objectifs de la législation relative à l'insolvabilité internationale.

162. La référence aux intérêts des créanciers, du débiteur et des autres parties intéressées, au paragraphe 1, fournit des éléments utiles pour aider le tribunal à exercer ses pouvoirs au titre de l'article 19 ou de l'article 21. Il est clairement indiqué que le tribunal, pour pouvoir mieux moduler les mesures, est autorisé à les subordonner à certaines conditions (par. 2), à les modifier ou à les faire cesser (par. 3). Le paragraphe 3 comporte un élément supplémentaire, à savoir qu'il habilite expressément les parties pouvant être lésées par les conséquences des articles 19 et 21 à demander au tribunal de modifier ou de faire cesser ces conséquences. Par ailleurs, l'article 22 est destiné à s'appliquer dans le contexte du système procédural de l'État adoptant.

163. Très souvent, les créanciers lésés seront les créanciers "locaux". Toutefois, il n'est pas souhaitable, lors de l'adoption de l'article 22, de tenter de limiter ce dernier à ces créanciers. Toute référence expresse aux créanciers locaux au paragraphe 1 exigerait que l'on en donne une définition. Toute tentative d'élaboration d'une telle définition (et de critères selon lesquels une catégorie particulière de créanciers pourrait recevoir un traitement spécial), non seulement ferait apparaître la difficulté de l'entreprise, mais montrerait aussi qu'il n'est pas justifié de faire une différence entre les créanciers sur la base de critères tels que l'établissement ou la nationalité.

164. La protection de toutes les personnes intéressées est liée aux dispositions des lois nationales concernant les exigences en matière de notification; il peut s'agir d'exigences générales de publicité visant à informer les personnes potentiellement intéressées (par exemple les créanciers locaux ou les agents locaux d'un débiteur) qu'une procédure étrangère a été reconnue, ou bien il peut y avoir des exigences de notifications individuelles que le tribunal, en vertu de ses propres règles de procédure, doit adresser aux personnes qui seraient directement lésées par la reconnaissance ou les mesures accordées par le tribunal. Les lois nationales varient quant à la forme, au délai et au contenu de la notification à adresser concernant la reconnaissance d'une procédure étrangère, et la Loi type ne tente pas de modifier ces lois (voir également ci-dessus, par. 132).

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 82 à 93.

A/CN.9/422, par. 113.

A/CN.9/433, par. 140 à 146.

A/CN.9/435, par. 72 à 78.

Article 23. Actions visant à annuler les actes préjudiciables aux créanciers

1. Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger a capacité pour engager [*indiquer les types d'actions que peut engager une personne ou un organe administrant un redressement ou une liquidation dans le présent État pour annuler ou rendre sans effet de toute autre manière les actes préjudiciables aux créanciers*].

2. Lorsque la procédure étrangère est une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que l'action se rapporte à des biens qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale.

165. En vertu de nombreuses lois nationales, tant les créanciers individuels que les administrateurs de l'insolvabilité ont le droit d'engager des actions pour annuler ou rendre sans effet de toute autre manière des actes préjudiciables aux créanciers. Il est fréquent que ce droit, pour autant qu'il s'applique à des créanciers individuels, soit régi, non par la législation relative à l'insolvabilité, mais par les dispositions générales du droit (telles que le Code civil); il n'est pas nécessairement lié à l'existence d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du débiteur, de sorte que l'action peut être engagée avant l'ouverture d'une telle procédure. En général, ce droit est accordé uniquement au créancier lésé et non à une autre personne telle que l'administrateur de l'insolvabilité. En outre, les conditions requises pour ces actions des créanciers individuels sont différentes des conditions applicables à des actions similaires pouvant être engagées par un administrateur de l'insolvabilité. La capacité d'engager des actions conférée par l'article 23 s'étend uniquement aux actions qui sont à la disposition de l'administrateur local de l'insolvabilité dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, et l'article ne met pas le représentant étranger sur un pied d'égalité avec les créanciers individuels qui peuvent avoir des droits analogues en vertu de conditions différentes. De telles actions émanant de créanciers individuels sortent du champ d'application de l'article 23.

166. La Loi type indique expressément qu'un représentant étranger a la "capacité" (notion désignée dans certains systèmes par les expressions "légitimité procédurale active", "légitimité active" ou "légitimité") pour engager des actions visant à annuler ou rendre sans effet de toute autre manière des actes juridiques préjudiciables aux créanciers. Cette disposition a une portée restreinte dans la mesure où elle ne crée aucun droit substantiel concernant l'introduction de telles actions et n'offre aucune solution pour ce qui est des conflits de lois. Elle a pour effet de ne pas empêcher un représentant étranger d'introduire de telles actions pour la seule raison qu'il n'est pas l'administrateur de l'insolvabilité nommé dans l'État adoptant.

167. Le fait de donner au représentant étranger la capacité procédurale pour engager de telles actions n'est pas sans poser de problèmes. En particulier, de telles actions peuvent ne pas être considérées favorablement en raison du risque d'incertitude qu'elles font peser sur les transactions conclues ou exécutées. Toutefois, du fait que le droit de les intenter est essentiel pour protéger l'intégrité des biens du débiteur et que c'est souvent le seul moyen réaliste d'assurer une telle protection, il a été jugé important de faire en

sorte que ce droit ne soit pas dénié à un représentant étranger au seul motif que celui-ci n'a pas été nommé localement.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 210 à 216.

A/CN.9/433, par. 134.

A/CN.9/435, par. 62 à 66.

Article 24. Intervention du représentant étranger dans les procédures ouvertes dans le présent État

Dès la reconnaissance d'une procédure étrangère, le représentant étranger peut, si les conditions prévues par la loi du présent État sont réunies, intervenir dans toute procédure à laquelle le débiteur est partie.

168. L'article 24 a pour objet d'éviter que le représentant étranger se voie dénier la capacité "d'intervenir" dans une procédure du simple fait que la législation procédurale peut ne pas l'avoir inclus parmi les personnes ayant cette capacité. Cet article s'applique aux représentants étrangers des procédures à la fois principales et non principales.

169. Le terme "intervenir" dans le contexte de l'article 24 vise les cas où le représentant étranger intervient devant le tribunal et présente ses arguments dans la procédure, qu'il s'agisse d'actions individuelles ou d'autres types de procédures (y compris des procédures extrajudiciaires) engagées par le débiteur à l'encontre d'un tiers ou par un tiers à l'encontre du débiteur, et n'ayant pas été suspendues ou interdites au titre du paragraphe 1 *a)* de l'article 20 ou du paragraphe 1 *a)* de l'article 21.

170. L'article 24, qui se limite à donner une capacité procédurale, précise bien (par l'expression "si les conditions prévues par la loi du présent État sont réunies") que toutes les autres conditions de la législation locale à remplir pour être autorisé à intervenir demeurent applicables.

171. Le droit procédural de nombreux pays, sinon de tous, prévoit le cas où une partie (en l'occurrence le représentant étranger), qui démontre qu'elle a un intérêt légitime dans l'issue d'un litige entre deux autres parties, peut être autorisée par le tribunal à être entendue dans la procédure. Ces systèmes procéduraux emploient pour désigner de telles situations diverses expressions parmi lesquelles on relève fréquemment le terme "intervention". Si l'État adoptant emploie une autre expression, cette dernière serait appropriée pour l'application de l'article 24.

172. Le terme "participer", employé à l'article 12, vise les cas où le représentant étranger présente ses arguments dans une procédure d'insolvabilité collective (voir ci-dessus, par. 102), alors que le terme "intervenir", employé à l'article 24, vise les cas où le représentant étranger prend part à une action individuelle introduite par le débiteur ou à son encontre.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 117 à 123.

A/CN.9/422, par. 148 et 149.

A/CN.9/433, par. 51 et 58.

A/CN.9/435, par. 79 à 84.

F. Chapitre IV. Coopération avec les tribunaux étrangers et les représentants étranger

173. Le chapitre IV (art. 25 à 27) relatif à la coopération internationale est un élément clef de la Loi type. Il a pour objectif de permettre aux tribunaux et aux administrateurs d'insolvabilité de deux pays ou plus d'être efficaces et d'obtenir des résultats optimaux. La coopération, telle qu'elle est décrite dans ce chapitre, est souvent le seul moyen réaliste, par exemple de prévenir la dissipation des biens, d'en maximiser la valeur (par exemple lorsque des éléments de l'outil de production situés dans deux États ont une plus grande valeur s'ils sont vendus ensemble que s'ils sont vendus séparément), ou de trouver les meilleures solutions pour la réorganisation de l'entreprise.

174. Les articles 25 et 26 non seulement autorisent une coopération internationale, mais l'imposent en disposant que le tribunal et l'administrateur de l'insolvabilité "coopèrent dans toute la mesure possible". Ces articles visent à pallier le manque fréquent, dans les législations nationales, de règles donnant un fondement juridique à la coopération entre les tribunaux locaux et les tribunaux étrangers pour traiter des insolvabilités internationales. L'établissement d'un tel fondement juridique serait particulièrement utile dans les systèmes juridiques où la latitude donnée aux juges pour sortir du cadre des autorisations statutaires expresses est limitée. Toutefois, même dans les pays où les juges, traditionnellement, ont un plus grand pouvoir discrétionnaire, il s'est révélé utile d'établir un tel cadre législatif pour la coopération.

175. Dans la mesure où la coopération judiciaire internationale est fondée, dans l'État adoptant, sur le principe de la courtoisie entre nations, l'application des articles 25 à 27 offre une possibilité de concrétiser ce principe et de l'adapter aux caractéristiques particulières des insolvabilités internationales.

176. Dans les États où le fondement juridique de la coopération internationale dans le domaine de l'insolvabilité internationale n'est pas le principe de la courtoisie, mais un accord international (par exemple un traité bilatéral ou multilatéral ou un échange de lettres entre les autorités coopérantes) fondé sur le principe de la réciprocité, le chapitre IV de la Loi type peut servir de modèle pour l'élaboration de tels accords.

177. Les articles du chapitre IV laissent aux tribunaux et, sous la supervision de ces derniers, aux administrateurs de l'insolvabilité, le soin de décider notamment du moment et de la forme de la coopération. La Loi type ne subordonne pas la coopération d'un tribunal (ou d'une personne ou encore de l'organe mentionné aux articles 25 et 26) avec un tribunal ou un représentant étranger à une décision formelle de reconnaissance de cette procédure étrangère.

178. L'importance qu'il y a à donner aux tribunaux la souplesse et la latitude voulues pour coopérer avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers a été soulignée au deuxième Colloque judiciaire multinational CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité. À ce colloque, des juges ont fait état d'une coopération judiciaire dans un certain nombre d'affaires sur lesquelles ils avaient travaillé. Plusieurs points sont ressortis de ces témoignages, pouvant être résumés comme suit: *a)* une communication entre les tribunaux est possible, mais il faut faire preuve de prudence et prévoir des garanties appropriées pour protéger les droits fondamentaux et les droits de procédure des parties; *b)* la communication doit être ouverte, se faire en présence des parties intéressées et avec notification préalable de ces dernières (sauf dans des cas extrêmes); *c)* les types de communication possibles sont nombreux et comprennent l'échange d'ordonnances ou de jugements officiels des tribunaux, la fourniture d'écrits officieux contenant des informations, des questions et des observations de caractère général, et la transmission de comptes rendus d'audience; *d)* les moyens de communication comprennent le téléphone, la télécopie, le courrier électronique et la vidéo; et *e)* lorsqu'une communication est nécessaire et est utilisée intelligemment, les personnes intéressées et lésées par l'insolvabilité internationale peuvent en tirer des avantages considérables.

Article 25. Coopération et communication directe entre le tribunal du présent État et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers

1. En ce qui concerne les questions visées à l'article premier, le tribunal coopère dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un(e) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant*].

2. Le tribunal est habilité à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers, ou à leur demander directement des informations ou une assistance.

179. La capacité donnée aux tribunaux, avec due participation des parties, de communiquer "directement" et de demander "directement" information et assistance à des tribunaux étrangers ou à des représentants étrangers vise à éviter le recours aux longues procédures traditionnellement suivies, telles que les commissions rogatoires. Cette capacité est fondamentale lorsque les tribunaux estiment devoir agir très vite. Pour insister sur le caractère souple et potentiellement urgent de la coopération, l'État adoptant peut juger utile d'ajouter une disposition autorisant expressément les tribunaux, lorsqu'ils communiquent avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers comme le prévoit l'article 25, à ne pas accomplir les formalités (par exemple, communication par le biais d'une juridiction supérieure, commissions rogatoires ou autres moyens diplomatiques ou consulaires) qui ne correspondent pas aux principes qui sous-tendent la disposition.

Article 26. Coopération et communication directe entre le [insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant] *et les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers*

1. En ce qui concerne les questions visées à l'article premier, un(e) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant*], dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, coopère dans toute la mesure possible avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers.

2. Dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal, le (la) [*insérer le titre de la personne ou de l'organe chargé d'administrer le redressement ou la liquidation conformément à la loi de l'État adoptant*] est habilité(e) à communiquer directement avec les tribunaux étrangers ou les représentants étrangers.

180. L'article 26 relatif à la coopération internationale entre les personnes chargées d'administrer les biens des débiteurs insolvables montre le rôle important que peuvent jouer ces personnes dans la conception et l'exécution d'arrangements de coopération, dans les limites de leur autorité. La disposition indique clairement qu'un administrateur d'insolvabilité agit sous le contrôle général du tribunal compétent (par l'expression "dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle du tribunal"). La Loi type ne modifie pas les règles existant déjà, dans la loi relative à l'insolvabilité de l'État adoptant, sur les fonctions de contrôle du tribunal sur les activités de l'administrateur de l'insolvabilité. Une certaine latitude et un certain degré d'initiative laissés aux administrateurs, dans les limites générales du contrôle judiciaire, sont fondamentaux pour la coopération du point de vue pratique, et il est donc souhaitable que l'État adoptant n'y change rien lors de l'incorporation de la Loi type. En particulier, il ne faudrait pas envisager la délivrance d'une autorisation ad hoc pour chaque communication entre l'administrateur et un organe étranger. caro

Article 27. Formes de la coopération

La coopération visée aux articles 25 et 26 peut être assurée par tout moyen approprié, notamment:

a) La nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions du tribunal;

b) La communication d'informations par tout moyen jugé approprié par le tribunal;

c) La coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur;

d) L'approbation ou l'application par les tribunaux des accords concernant la coordination des procédures;

e) La coordination des procédures concurrentes concernant le même débiteur;

f) [*L'État adoptant voudra peut-être énumérer des formes supplémentaires ou des exemples de coopération*].

181. Il est proposé que l'État adoptant se fonde sur l'article 27 pour donner aux tribunaux une liste indicative des types de coopération autorisés par les articles 25 et 26. Une telle liste peut être particulièrement utile dans les États n'ayant pas une longue tradition de coopération judiciaire internationale et dans ceux où la compétence discrétionnaire est traditionnellement restreinte. Toute énumération des formes de coopération possibles ne doit pas prétendre à l'exhaustivité, car cela risquerait d'exclure par inadvertance certaines formes de coopération appropriées.

182. Les activités de coopération seraient soumises à toutes règles impératives applicables dans l'État adoptant; par exemple, dans le cas d'une demande d'informations, les règles limitant la communication d'informations (afin de protéger la vie privée par exemple) s'appliqueraient.

183. L'alinéa *f)* de l'article 27 permet à l'État adoptant d'ajouter des formes supplémentaires de coopération, qui pourraient comprendre, par exemple, la suspension ou la cessation de la procédure existante dans ledit État.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 124 à 129.

A/CN.9/419, par. 75 et 76, 80 à 83 et 118 à 133.

A/CN.9/422, par. 129 à 143.

A/CN.9/433, par. 164 à 172.

A/CN.9/435, par. 85 à 94.

G. Chapitre V. Procédures concurrentes

Article 28. Ouverture d'une procédure en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] *après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale*

Après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale, une procédure ne peut être ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] que si le débiteur a des biens dans le présent État; les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur qui sont situés dans le présent État et, dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination visées aux articles 25, 26 et 27, aux autres biens du débiteur qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans cette procédure.

184. L'article 28 prévoit, conjointement avec l'article 29, que la reconnaissance d'une procédure étrangère principale n'empêche pas l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité locale à l'encontre du même débiteur à condition que ce débiteur ait des biens dans l'État.

185. La position adoptée à l'article 28 est essentiellement la même que la position adoptée dans plusieurs États. Toutefois, dans certains, la simple présence de biens dans l'État n'est pas suffisante pour donner au tribunal compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité locale. Il faut en outre que le débiteur y ait une activité économique (pour reprendre la terminologie de la Loi type, le débiteur doit avoir un "établissement" dans l'État au sens de l'alinéa *f)* de l'article 2). Dans l'article 28, c'est la solution la moins restrictive qui a été retenue dans un contexte où le débiteur participe déjà à une procédure étrangère principale. Si cette solution offre de larges possibilités d'ouvrir une procédure locale après reconnaissance d'une procédure étrangère principale, elle a surtout pour objectif d'indiquer que, si le débiteur n'a pas de biens dans l'État, les tribunaux n'ont pas compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité.

186. Toutefois, l'État adoptant peut souhaiter retenir la solution la plus restrictive, à savoir permettre l'ouverture d'une procédure locale uniquement si le débiteur a un "établissement" dans l'État. Un tel choix peut se justifier par le fait que, si les biens situés dans l'État adoptant ne font pas partie d'un établissement, l'ouverture d'une procédure locale ne sera en général pas le moyen le plus efficace de protéger les créanciers, y compris les créanciers locaux. En adaptant les mesures accordées en faveur de la procédure étrangère principale et en coopérant avec le tribunal et le représentant étranger, le tribunal de l'État adoptant aura suffisamment de possibilités de garantir que les biens qui sont situés seront administrés de manière que les intérêts locaux soient convenablement protégés. En conséquence, l'État adoptant se conformera à la philosophie de la Loi type s'il remplace dans l'article les mots "que si le débiteur a des biens dans le présent État" dans le libellé actuel de l'article 28 par les mots "que si le débiteur a un établissement dans le présent État".

187. Habituellement, le type de procédure locale envisagée dans l'article 28 est limité aux biens situés dans l'État. Toutefois, dans certains cas, pour bien administrer la procédure d'insolvabilité locale, il peut être nécessaire d'y inclure certains biens à l'étranger, en particulier lorsqu'aucune procédure étrangère ne s'impose ou n'est possible dans l'État où les biens sont situés (par exemple lorsque l'établissement local possède une usine en exploitation dans une juridiction étrangère; lorsqu'il serait possible de vendre les biens du débiteur dans l'État adoptant et les biens à l'étranger comme s'il s'agissait d'une entreprise saine; ou lorsque les biens sont transférés frauduleusement de l'État adoptant dans un État étranger). Pour qu'une procédure locale puisse être étendue de façon limitée à l'étranger, l'article 28 se termine par les mots "et ... aux autres biens du débiteur qui ... devraient être administrés dans cette procédure". Deux restrictions ont été incluses dans l'article concernant l'élargissement possible des effets d'une procédure locale aux biens situés à l'étranger: premièrement, l'extension est autorisée "dans la mesure nécessaire pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination visées aux articles 25, 26 et 27", et deuxièmement, ces biens étrangers doivent être administrés dans l'État adoptant "en vertu de la loi [de l'État adoptant]". Ces restrictions sont utiles pour éviter de créer une possibilité illimitée d'étendre les effets d'une

procédure locale aux biens situés à l'étranger, possibilité qui serait source d'incertitude quant à l'application de la disposition et pourrait conduire à des conflits de compétence.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 94 à 101.

A/CN.9/422, par. 192 à 197.

A/CN.9/433, par. 173 à 181.

A/CN.9/435, par. 180 à 183.

Article 29. Coordination d'une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] *et d'une procédure étrangère*

Lorsqu'une procédure étrangère et une procédure ouverte en vertu de [indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité] ont lieu concurremment à l'encontre du même débiteur, le tribunal s'efforce d'assurer la coopération et la coordination visées aux articles 25, 26 et 27, aux conditions suivantes:

a) Lorsque la procédure ouverte dans le présent État est en cours au moment où est introduite la demande de reconnaissance de la procédure étrangère,

i) Toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 doit être conforme à la procédure ouverte dans le présent État; et

ii) Si la procédure étrangère est reconnue dans le présent État en tant que procédure étrangère principale, l'article 20 ne s'applique pas;

b) Lorsque la procédure ouverte dans le présent État est entamée après la reconnaissance de la procédure étrangère ou après l'introduction de la demande de reconnaissance de ladite procédure,

i) Toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 est réexaminée par le tribunal et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure ouverte dans le présent État; et

ii) Si la procédure étrangère est une procédure étrangère principale, les mesures d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 de l'article 20 sont modifiées ou levées conformément au paragraphe 2 de l'article 20 si elles ne sont pas conformes à la procédure ouverte dans le présent État;

c) Lorsqu'il octroie, prolonge ou modifie une mesure accordée au représentant d'une procédure étrangère non principale, le tribunal doit s'assurer que la mesure porte sur des biens qui, en vertu de la loi du présent État, devraient être administrés dans la procédure étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure.

188. L'article 29 donne des orientations au tribunal qui connaît d'affaires où le débiteur fait l'objet à la fois d'une procédure étrangère et d'une procédure locale. En vertu des premiers mots de la disposition, le tribunal doit s'assurer dans tous les cas la coopération et la coordination visées au chapitre IV de la Loi type, c'est-à-dire aux articles 25 à 27.

189. Le principe essentiel consacré dans cet article est que l'ouverture d'une procédure locale n'empêche ni ne fait cesser la reconnaissance d'une procédure étrangère. Ce principe est fondamental pour la réalisation des objectifs de la Loi type dans la mesure où il autorise le tribunal de l'État adoptant à accorder des mesures, en toutes circonstances, en faveur de la procédure étrangère.

190. Cependant, l'article consacre la prééminence de la procédure locale sur la procédure étrangère, et ce de plusieurs façons: premièrement, toute mesure pouvant être accordée en faveur de la procédure étrangère doit être conforme à la procédure locale (al. *a)* i)); deuxièmement, toute mesure qui a déjà été accordée en faveur de la procédure étrangère doit être réexaminée et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure locale (al. *b)* i)); troisièmement, si la procédure étrangère est une procédure principale, les effets automatiques découlant de l'article 20 doivent être modifiés ou levés s'ils ne sont pas conformes à la procédure locale (ces effets automatiques ne cessent pas automatiquement puisqu'ils peuvent être positifs et que le tribunal peut souhaiter les maintenir) (al. *b)* ii)); quatrièmement, lorsqu'une procédure locale est en cours au moment où une procédure étrangère est reconnue comme procédure principale, la procédure étrangère ne bénéficie pas des effets automatiques de l'article 20 (al. *a)* ii)). L'article 29 évite d'établir une hiérarchie rigide entre les procédures dans la mesure où cela gênerait inutilement la possibilité pour le tribunal de coopérer et d'exercer sa discrétion au titre des articles 19 et 21. Il est souhaitable de ne pas limiter cette latitude du tribunal lors de l'adoption de l'article.

191. L'alinéa *c)* de l'article 29 incorpore le principe selon lequel une mesure accordée en faveur d'une procédure étrangère non principale doit être limitée aux biens devant être administrés dans cette procédure non principale ou doit concerner les informations requises dans cette procédure. Ce principe est exprimé au paragraphe 3 de l'article 21 (qui traite de manière générale du type de mesures pouvant être accordées à un représentant étranger) et énoncé de nouveau dans le présent article (qui porte sur la coordination de procédures locales et étrangères). Le paragraphe 4 de l'article 19 (sur les mesures accordées avant la reconnaissance) et l'article 30 (sur la coordination de plusieurs procédures étrangères) sont inspirés du même principe (voir également les commentaires ci-dessus, par. 140).

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 106 à 110.

A/CN.9/435, par. 190 et 191.

Article 30. Coordination de plusieurs procédures étrangères

Pour les questions visées à l'article premier, lorsque plusieurs procédures étrangères ont été ouvertes à l'encontre du même débiteur, le tribunal s'efforce d'assurer la coopération et la coordination visées aux articles 25, 26 et 27, aux conditions suivantes:

a) Toute mesure accordée en vertu des articles 19 ou 21 au représentant d'une procédure étrangère non principale après la reconnaissance d'une procédure étrangère principale doit être conforme à la procédure étrangère principale;

b) Si une procédure étrangère principale est reconnue après la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale ou après l'introduction d'une demande de reconnaissance d'une telle procédure, toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 est réexaminée par le tribunal et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure étrangère principale;

c) Si, après la reconnaissance d'une procédure étrangère non principale, une autre procédure étrangère non principale est reconnue, le tribunal accorde, modifie ou fait cesser les mesures accordées, dans le but de faciliter la coordination des procédures.

192. L'article 30 traite des cas où le débiteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans plus d'un État étranger et où les représentants étrangers de plus d'une procédure étrangère demandent une reconnaissance ou des mesures dans l'État adoptant. La disposition s'applique, que la procédure d'insolvabilité soit ou non en cours dans l'État adoptant. Si, en plus de deux procédures étrangères ou plus, il y a une procédure dans l'État adoptant, le tribunal doit se conformer aux articles 29 et 30.

193. L'objectif de l'article 30 est analogue à celui de l'article 29 dans la mesure où la principale question en cas de procédures concurrentes est de promouvoir la coopération, la coordination et la cohérence des mesures accordées aux différentes procédures. Cette cohérence est assurée par une adaptation appropriée des mesures à accorder ou par la modification ou la levée des mesures déjà accordées. Contrairement à l'article 29 (qui donne la primauté par principe à la procédure locale), l'article 30 donne la préférence à la procédure étrangère principale, le cas échéant. Lorsqu'il y a plusieurs procédures étrangères non principales, la disposition ne donne pas la préférence a priori à l'une quelconque d'entre elles. La priorité à accorder à la procédure étrangère principale trouve son expression dans la condition que toute mesure en faveur d'une procédure étrangère non principale (qu'elle ait été déjà accordée ou non) doit être conforme à la procédure étrangère principale (alinéas *a)* et *b)*).

Examen de l'article au sein de la CNUDCI

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 111 et 112.

Article 31. Présomption de l'insolvabilité du débiteur fondée sur la reconnaissance d'une procédure étrangère principale

Sauf preuve contraire, la reconnaissance d'une procédure étrangère principale atteste, aux fins de l'ouverture d'une procédure en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*], que le débiteur est insolvable.

194. Dans certaines juridictions, la preuve de l'insolvabilité du débiteur est nécessaire pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Dans d'autres, une telle procédure peut être ouverte dans des circonstances précises définies par la loi et n'impliquant pas nécessairement l'insolvabilité du débiteur, telles que la cessation de paiements ou l'accomplissement par le débiteur de certains actes tels qu'une décision concernant l'entreprise, la dispersion de ses biens ou l'abandon de son établissement.

195. Lorsque l'insolvabilité est une condition préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'article 31 établit, après reconnaissance d'une procédure étrangère principale, une présomption réfragable d'insolvabilité du débiteur, aux fins de l'ouverture de la procédure dans l'État adoptant. Cette présomption ne s'applique pas si la procédure étrangère est une procédure non principale, car une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux ne signifie pas nécessairement que ledit débiteur doit être soumis aux lois relatives à l'insolvabilité d'autres États.

196. Pour les lois nationales où la preuve de l'insolvabilité du débiteur n'est pas nécessaire pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la présomption établie à l'article 31 peut n'avoir qu'une utilité pratique restreinte et l'État adoptant peut décider de l'omettre.

197. L'article 31 revêtira une importance particulière lorsque l'établissement de la preuve de l'insolvabilité comme condition préalable à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité demande beaucoup de temps et procure peu d'avantages supplémentaires compte tenu du fait que le débiteur fait déjà l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans l'État où il a le centre de ses intérêts principaux et où il peut être urgent d'ouvrir une procédure locale pour protéger les créanciers locaux. Néanmoins, le tribunal de l'État adoptant n'est pas lié par la décision du tribunal étranger, et les critères locaux concernant l'établissement de la preuve de l'insolvabilité demeurent applicables, comme le précisent les mots "sauf preuve contraire".

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 94 et 102 à 105.

A/CN.9/422, par. 196.

A/CN.9/433, par. 173 et 180 à 189.

A/CN.9/435, par. 180 et 184.

Article 32. Règle de paiement en cas de pluralité de procédures

Sans préjudice des droits des titulaires de créances assorties de sûretés ou des droits réels, un créancier ayant obtenu satisfaction partielle en ce qui concerne sa créance dans une procédure ouverte conformément à une loi relative à l'insolvabilité dans un État étranger ne peut être payé pour la même créance dans une procédure concernant le même débiteur ouverte en vertu de [*indiquer les lois de l'État adoptant relatives à l'insolvabilité*] tant que le paiement accordé aux créanciers de même rang est proportionnellement inférieur au paiement que ledit créancier a déjà obtenu.

198. La règle énoncée à l'article 32 (parfois appelée règle du "hotchpot") est une sauvegarde utile dans un régime juridique pour la coordination et la coopération dans l'administration des procédures d'insolvabilité internationale. L'objectif est d'éviter le cas où un créancier pourrait bénéficier d'un traitement plus favorable que les autres créanciers de même rang en obtenant paiement de sa créance dans plusieurs procédures menées simultanément dans différentes juridictions à l'encontre du même débiteur. Par exemple, un créancier dont la créance n'est pas garantie a récupéré 5 % de son montant dans une procédure d'insolvabilité étrangère; ce créancier participe également à la procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant, où le taux de distribution est de 15 %; pour qu'il soit dans une position égale à celle des autres créanciers dans l'État adoptant, il recevra dans ce dernier 10 % du montant de sa créance.

199. L'article 32 n'influe pas sur le rang des créances fixé par la loi de l'État adoptant et vise uniquement à établir une égalité de traitement entre les créanciers de même rang. Dans la mesure où les créanciers ayant des créances assorties d'une sûreté ou ayant des droits réels obtiennent pleine satisfaction (ce qui dépend de la loi de l'État où est menée la procédure), ils ne sont pas lésés par la disposition.

200. L'expression "créances assorties de sûretés" vise généralement les créances garanties par des avoirs particuliers, alors que les termes "droits réels" visent les droits relatifs à un bien particulier et opposables à des tiers. Tel ou tel droit peut correspondre aux deux expressions, selon la classification et la terminologie de la loi applicable. L'État adoptant peut employer un ou plusieurs autres termes pour exprimer ces notions.

Examen de l'article au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail

Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/52/17), par. 130 à 134.

A/CN.9/419, par. 89 à 93.

A/CN.9/422, par. 198 et 199.

A/CN.9/433, par. 182 et 183.

A/CN.9/435, par. 96, 197 et 198.

VI. Assistance du secrétariat de la CNUDCI

A. Aide à l'élaboration d'une législation

201. Le secrétariat de la CNUDCI aide les États, par des consultations techniques, à élaborer une législation fondée sur la Loi type. Pour de plus amples informations, s'adresser au secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne, boîte postale 500, A-1400 Vienne (Autriche); téléphone: +(43) (1) 26060-4060; télécopie: +(43) (1) 26060-5813; courrier électronique: uncitral@uncitral.org; page d'accueil sur Internet: http://www.uncitral.org.

B. Information sur l'interprétation de la législation fondée sur la Loi type

202. Une fois adoptée, la Loi type sera incluse dans le système de collecte et de diffusion d'informations sur la jurisprudence relative aux conventions et lois types ayant résulté des travaux de la CNUDCI. Ce système a pour objectif de faire connaître dans le monde entier les textes juridiques formulés par la Commission et de faciliter une interprétation et une application uniformes de ces textes. Le secrétariat publie, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, des recueils de décisions, et diffuse dans leur langue d'origine, contre remboursement des frais de copie, les décisions sur la base desquelles les recueils ont été établis. Ce système est expliqué dans un guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1) dont on peut se procurer des exemplaires imprimés au secrétariat, ainsi que sur la page d'accueil de la CNUDCI sur Internet susmentionnée.

Appendice

Résolution 52/158 de l'Assemblée générale du 15 décembre 1997

52/158. Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur l'insolvabilité internationale

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1996, par laquelle elle a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en lui donnant pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce commercial,

Notant que, du fait de l'expansion du commerce et des investissements internationaux, les entreprises et les particuliers disposent plus fréquemment qu'auparavant de biens dans plus d'un État,

Notant également que, lorsqu'un débiteur disposant de biens dans plus d'un État fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, la coopération et la coordination internationales en matière de surveillance et d'administration de ses biens et de ses affaires deviennent souvent une nécessité impérieuse,

Constatant que le manque de coordination et de coopération internationales dans les cas d'insolvabilité internationale amenuise les chances de sauvetage de sociétés aux prises avec des difficultés financières mais néanmoins viables, entrave l'administration équitable et efficace des insolvabilités internationales, est de nature à faciliter la dissimulation ou la dispersion des biens du débiteur et fait obstacle au redressement ou à la liquidation des biens et affaires du débiteur selon les modalités qui seraient les plus avantageuses pour les créanciers et les autres intéressés, y compris le débiteur et ses employés,

Notant que nombre d'États ne disposent pas d'un cadre législatif qui rendrait possible ou faciliterait une coordination et une coopération internationales efficaces,

Convaincue qu'une législation équitable en matière d'insolvabilité internationale, harmonisée au plan international, respectueuse des procédures et systèmes juridiques nationaux, et rencontrant l'agrément d'États ayant des régimes juridique, économique et social divers, contribuerait à l'expansion du commerce et des investissements internationaux,

Jugeant qu'un ensemble de dispositions législatives types sur l'insolvabilité internationale, harmonisé au plan international, est nécessaire pour aider les États à moderniser leurs lois en la matière,

1. *Sait gré* à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir mis au point et adopté la Loi type sur l'insolvabilité internationale contenue dans l'annexe à la présente résolution;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre aux gouvernements et aux organes intéressés le texte de la Loi type, assorti du Guide pour l'incorporation de la Loi type élaboré par le Secrétariat;

3. *Recommande* à tous les États d'examiner leur législation régissant les aspects internationaux de l'insolvabilité afin de s'assurer qu'elle répond aux objectifs d'un régime moderne et efficace en la matière et, à l'occasion de cet examen, d'envisager favorablement la Loi type en tenant compte de la nécessité de disposer d'une législation harmonisée au plan international qui régisse les cas d'insolvabilité internationale;

4. *Recommande également* qu'aucun effort ne soit épargné pour que la Loi type et le Guide soient largement diffusés et accessibles à tous.

72e séance plénière

15 décembre 1997

Index[a]

Abandon de la procédure d'insolvabilité après son ouverture — Deuxième I 79

Actif grevé
- définition — Introduction 12 *a*)
- évaluation d'un— — Deuxième II 66 à 68
- financement postérieur à l'ouverture de la procédure, utilisation d'un—comme garantie — Deuxième II 103 et 104
- inclusion d'un—dans la masse de l'insolvabilité — Deuxième II 4 et 7 à 9
- produit en espèces tiré de la vente d'un— — Deuxième II 92 et 93
- protection de la valeur d'un— — Deuxième II 8, 59, 60, 63 à 65 et 69
- utilisation et disposition d'un— — Deuxième II 83 et 84
  - vente d'un—libre de tout droit réel — Deuxième II 85 et 86

Actifs acquis après l'ouverture de la procédure
- inclusion des—dans la masse de l'insolvabilité — Deuxième II 4 et 23

Actifs appartenant à des tiers
- —et constitution de la masse de l'insolvabilité — Deuxième II 4, 10 à 12 et 17
- utilisation et disposition d'— — Deuxième II 74, 90, 91 et 131

Actifs communs
- droits du débiteur sur des—entrant dans la masse de l'insolvabilité — Deuxième II 6
- exclusion des—de la masse de l'insolvabilité — Deuxième II 20 et 21
- utilisation et disposition des— — Deuxième II 77 et 87

Actifs constituant une charge
- définition — Introduction 12 *b*)
- utilisation et disposition d'— — Deuxième II 88

Actifs du débiteur
- —et masse de l'insolvabilité — Deuxième II 2 et 4
- —étrangers (voir *Actifs étrangers*)
- application de l'arrêt des poursuites aux— — Deuxième II 31
- définition — Introduction 12 *c*)
- mesures provisoires pour protéger les— — Deuxième II 47 et 50
- obligation du débiteur de fournir des renseignements sur ses actifs — Deuxième III 24
- présence d'actifs en tant que critère d'ouverture — Deuxième I 17 et 18

[a] Les renvois dans le présent index correspondent à la partie, au chapitre et au paragraphe concernés du Guide législatif. Par exemple, "Deuxième II 135" signifie deuxième partie, chapitre II, paragraphe 135.

Actifs étrangers
coopération du débiteur pour récupérer des— Deuxième III 23
inclusion d'—dans la masse de l'insolvabilité Deuxième II 13 et 14
insolvabilité internationale (voir aussi *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*)

Actionnaire
approbation d'un plan de redressement par l'— Deuxième IV 26 à 33, 44 et 45
classement de la créance de l'— Deuxième V 76
définition Introduction 12 *d*)
participation de l'—au comité des créanciers Deuxième III 88, 103 et 104
vote de l'—sur un plan de redressement Deuxième IV 26, 44 et 45

Activité économique
définition Deuxième I 1

Annulation
actifs de la masse récupérés Deuxième II 15
action en—
délais pour engager une— Deuxième II 197
engagement d'une— Deuxième II 192 à 195, III 49 et 81
financement d'une— Deuxième II 196
compensation (set-off), annulation d'une Deuxième II 207
conversion de la procédure, effet sur l'— Deuxième II 203, IV 74
critères d'— Deuxième II 156 à 168
débiteur dont les actifs sont insuffisants Deuxième I 73
définition Introduction 12 *y*)
effet de l'— Deuxième II 186 et 187
financement postérieur à l'ouverture de la procédure, annulation d'un Deuxième II 96 et 103
fixation de critères d'annulation Deuxième II 198 à 201
généralités Deuxième II 148 à 155
groupes de sociétés, application des dispositions d'annulation aux Deuxième V 85 et 92
loi applicable à l'— Deuxième I 85, 89 et 90
masse de l'insolvabilité et actifs récupérés par voie d'— Deuxième II 4, 6, 15 et 23
moyens de défense pour contester l'— Deuxième II 169, 176 et 179
obligation du débiteur de divulguer des informations concernant l'— Deuxième III 24
opérations effectuées sans agrément après le dépôt d'une demande d'ouverture Deuxième II 16 et 73
opérations effectuées sans agrément après l'ouverture de la procédure Deuxième II 16, III 2, 12 et 33
opérations non susceptibles d'— Deuxième II 185 et 215
opérations susceptibles d'—

opérations à un prix sous-évalué — Deuxième II 174 à 176 et 190
opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur — Deuxième II 182 à 184
opérations préférentielles — Deuxième II 157, 161, 170, 171, 175, 177 à 180, 190, 200 et 201
opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder — Deuxième II 172 et 173
sûretés réelles — Deuxième II 180 et 181
période suspecte pour l'— — Deuxième II 188 à 191
responsabilité des autres parties à une opération annulée — Deuxième II 202

Approche territoriale de la procédure d'insolvabilité — Deuxième I 13

Approche universelle de la procédure d'insolvabilité — Deuxième I 13

Arrêt des poursuites
aménagement de l'—pour
les créanciers chirographaires — Deuxième II 55 et 62
les créanciers garantis — Deuxième II 60 à 62, 83 et 88
application discrétionnaire ou automatique de l'— — Deuxième II 41 et 42
définition — Introduction 12 *e*)
durée de l'— — Deuxième II 54 à 57
effet de l'—sur
droits à compensation (set-off) — Deuxième II 205, 206 et 215
les contrats — Deuxième II 111 et 121
les contrats financiers — Deuxième II 215
exceptions à l'application de l'— — Deuxième II 35
généralités — Deuxième II 26 à 29
moment à partir duquel s'applique l'— — Deuxième II 43 à 53
portée de l'— — Deuxième II 30 à 34
prorogation de l'— — Deuxième II 58

Autorité publique
demande de liquidation présentée par une— — Deuxième I 42 à 44

Cadre institutionnel — Première III 1 à 8

Centre des intérêts principaux
—en tant que critère d'application de la loi sur l'insolvabilité — Deuxième I 13 et 14
—et approche universelle de la procédure d'insolvabilité — Deuxième II 13
—et établissement — Deuxième I 15
—et loi applicable aux sûretés réelles — Deuxième I 88
—et présence d'actifs — Deuxième I 17 et 18
définition — Introduction 12 *f*)
insolvabilité internationale (voir aussi *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*)

Cessation générale des paiements
—en tant que critère d'ouverture de la procédure — Deuxième I 23, 24, 27, 33, 38 et 53

Cession en vue de la poursuite de l'activité
—et constitution de la masse — Deuxième II
—et plan de liquidation — Deuxième IV 2 et 4
définition — Introduction 12 *g*)
effet de la—sur les contrats de travail — Deuxième II 145, V 72
rôle du débiteur dans la— — Deuxième III 1, 3 et 24

Clauses de déchéance du terme automatique (voir *Clauses de résiliation automatique*)

Clauses de résiliation automatique
traitement des—dans la procédure d'insolvabilité — Deuxième II 114 à 120 et 215

Clôture de la procédure (voir *Procédure d'insolvabilité*)

Comité des créanciers
action en annulation, engagée par le— — Deuxième II 192 et 194
—dans la procédure de redressement accélérée — Deuxième IV 87 et 89
confidentialité, obligation de — Deuxième III 28, 86, 115
constitution du— — Deuxième III 85, 90, 99, 100 et 107 à 109
créances afférentes aux dépenses du— — Deuxième V 45
créanciers garantis, représentation au sein du— — Deuxième III 87
créanciers pouvant être nommés au— — Deuxième III 101 à 106
définition — Introduction 12 *h*)
droits et fonctions du— — Deuxième III 13, 27, 86, 110 à 112 et 116 à 120
généralités — Deuxième III 99 et 100
notification au— — Deuxième III 86
plan de redressement, proposition par le— — Deuxième IV 11
règles pour les réunions du— — Deuxième III 94
représentant de l'insolvabilité,—et — Deuxième III 49, 56, 70 et 82
responsabilité des membres du— — Deuxième III 113
révocation et remplacement des membres du— — Deuxième III 114

*Compensation (*set-off*)*
—de créances réciproques — Deuxième V 44
—et annulation — Deuxième II 207
contrats financiers et— — Deuxième II 210, 213 et 215
définition — Introduction 12 *i*)
loi applicable à la—dans la procédure d'insolvabilité — Deuxième I 85, 88 et 91
non-soumission de la—à l'arrêt des poursuites — Deuxième II 35 et 205
possibilité d'une—dans la procédure d'insolvabilité — Première I 26
protection des droits à—dans la procédure d'insolvabilité — Deuxième II 204 à 206

*Compensation globale (*netting*)*
annulation de la— Deuxième II 185
clauses de résiliation automatique, effet sur la— Deuxième II 115
—et contrats financiers Deuxième II 210 à 213
définition Introduction 12 *j*)
non-soumission de la—à l'arrêt des poursuites Deuxième II 35

Compétence
—pour l'application de la loi sur l'insolvabilité Deuxième I 12 à 18

Confidentialité
—et plan de redressement Deuxième IV 24
obligation de—
comité des créanciers Deuxième III 86, 107 et 115
créanciers Deuxième III 86 et 115
débiteur Deuxième III 28
mandataires et employés du représentant de l'insolvabilité Deuxième III 66
représentant de l'insolvabilité Deuxième III 52

Contrat
cession d'un— Deuxième II 139 à 142
continuation ou rejet d'un— Deuxième II 120 à 135
—de services personnels Deuxième II 146
modification des contrats poursuivis Deuxième II 136
—dans la procédure de liquidation Deuxième II 122 et 123
—en cas d'inexécution du débiteur Deuxième II 130
date et notification de la continuation ou du rejet— Deuxième II 128 et 129
droit du cocontractant de demander une décision Deuxième II 125 et 126
effet de la continuation ou du rejet—sur le cocontractant Deuxième II 132 à 135
—de cession de rang Deuxième V 57 à 59
—de travail (voir *Contrats de travail*)
—dont le représentant de l'insolvabilité a connaissance Deuxième II 127
—financier (voir *Contrat financier*)
—non agréé Deuxième II 16 et 73, III 2, 12 et 33
—postérieur au dépôt de la demande d'ouverture Deuxième II 16 et 73
—postérieur à l'ouverture de la procédure Deuxième II 16, 73 et 147, III 2, 12 et 33
contrats de location de terrains et de locaux Deuxième II 137 et 138

Contrat financier
clauses de résiliation automatique, effet sur un— Deuxième II 115 et 118
—et compensation globale (*netting*) Deuxième II 208 à 215
définition Introduction 12 *k*)
exception au pouvoir de continuer ou de rejeter des contrats Deuxième II 113 et 143
non-soumission d'un—à l'arrêt des poursuites Deuxième II 35

Contrats de travail Deuxième I 47, 62, 85, 87, II 145, V 72 et 73

*Convention de compensation globale (*netting*)*
définition — Introduction 12 *l*)

Conversion de créances en prises de participation
—dans la procédure de redressement — Première I 26, Deuxième IV 21, 44, 45 et 94

Conversion de la procédure d'insolvabilité
application des dispositions d'annulation — Deuxième II 185 et 203, IV 74
—et révocation du représentant de l'insolvabilité — Deuxième III 73
—pour inexécution de la part du débiteur — Deuxième III 17 et 32
conversion d'une liquidation en redressement — Deuxième I 31
conversion d'un redressement en liquidation — Deuxième I 31, 52 et 58, IV 16, 53, 65, 70, 71, 72 à 75 et 91, VI 19
effet de la—sur l'annulation — Deuxième II 203
effet de la—sur le délai de proposition d'un plan de redressement — Deuxième IV 7 et 16
effet de la—sur le financement postérieur à l'ouverture de la procédure — Deuxième II 98 et 107
nécessité de dispositions pour la— — Première I 6 et 21 à 24, Deuxième I 21 et 58
rôle du créancier dans la demande de— — Deuxième III 81

Cours normal des affaires
—et critère d'annulation — Deuxième II 160, 164 à 169, 172, 179 et 188
définition — Introduction 12 *m*)
opérations dans le— — Deuxième II 71 et 147, III 11
opérations en dehors du— — Deuxième II 100 et 147, III 11
utilisation et disposition d'actifs dans le— — Deuxième II 50, 66 et 75 à 80
vente d'actifs en dehors du— — Deuxième II 31 et 71, III 80, 96, 110 et 111

Créance
admission d'une—
admission automatique — Deuxième V 36
—par le représentant de l'insolvabilité — Deuxième V 32 et 33
—par le tribunal — Première III 4, Deuxième V 34 et 35
admission provisoire — Deuxième V 37 à 40
délais d'admission — Deuxième V 30
effet de l'admission — Deuxième V 43
aménagement de l'arrêt des poursuites pour permettre le recouvrement — Deuxième II 60 à 62
amendes et pénalités — Deuxième V 12, 78 et 79

cession de— Deuxième III 105
classement d'une— Deuxième V 62 à 79
—créance garantie Deuxième V 62 à 65
—créance non garantie Deuxième V 75
loi applicable au— Deuxième I 84
classification d'une—pour l'approbation d'un plan de redressement Deuxième IV 27
—afférente à l'administration de la procédure Deuxième V 45 à 47 et 66
—contestée Deuxième V 41 et 42
—d'intérêts Deuxième V 49, 78 et 79
—d'un actionnaire, classement d'une Deuxième V 76
—d'une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur Deuxième II 182, V 48, 77
—fausse Deuxième V 20
—fiscale, classement d'une Deuxième V 74
—garantie
classement d'une—aux fins de la répartition Deuxième V 62 à 65 et 69
compensation (set-off) d'une— Deuxième V 44
déclaration d'une— Deuxième V 2 à 5
évaluation d'une— Deuxième II 8 et 69
—née après l'ouverture de la procédure Deuxième V 8
—née de l'exécution de contrats après l'ouverture de la procédure Deuxième II 132, 133, 135 et 138
—née d'opérations annulées Deuxième II 202
—non admise Deuxième V 50
—non échue et ouverture de la procédure d'insolvabilité Deuxième I 39
—non garantie, classement d'une Deuxième V 75
—non soumise à l'arrêt des poursuites Deuxième II 35
—salariale, classement d'une Première I 18, Deuxième II 145, V 72 et 73
créances étrangères
classement des— V 71
créances en monnaie étrangère, conversion des Deuxième V 22
créances fiscales étrangères Deuxième V 10, 71; annexe III
Première art. 13, Deuxième 104 et 105
équivalence avec les créances locales Deuxième I 84
formalités de déclaration des— Deuxième V 21
restrictions concernant la déclaration des— Deuxième V 6 à 12
créances exclues Deuxième V 9 à 12
—soumise à l'arrêt des poursuites Deuxième II 33 et 34
création d'une—, loi applicable Deuxième I 81 et 82
déclaration d'une—
créanciers tenus de déclarer Deuxième V 2 à 5
défaut de déclaration Deuxième V 24 à 26
délai de déclaration Deuxième V 13 à 16
liste des créances déclarées Deuxième III 24 et 49, V 28
partie autorisée à recevoir les déclarations Deuxième V 23

partie chargée de déclarer — Deuxième V 17 à 20
déclassement d'une— — Première II 12, Deuxième V 55 à 61
définition — Introduction 12 *n*)
liste de créances— — Deuxième III 24 et 49, V 19 et 28
rejet d'une— — Deuxième V 23, 28 et 30
remise d'une—dans la procédure de redressement — Deuxième VI 2 à 4, 8, 14

Créance garantie (voir aussi *Actif grevé*; *Créancier garanti*; *Sûreté réelle*)
classement de la—dans une répartition — Deuxième V 62 à 65
déclaration de la— — Deuxième V 2 à 5
définition — Introduction 12 *o*)
protection de la valeur de la— — Deuxième II 59 et 63 à 69

Créance ou dépense afférente à l'administration de la procédure
classement d'une— — Deuxième II 107, V 66
—découlant du rejet d'un contrat — Deuxième II 135
définition — Introduction 12 *r*)
évaluation d'une— — Deuxième V 45 à 47
paiement d'une—dans la procédure de redressement — Deuxième IV 54 et 61

Créance postérieure à l'ouverture de la procédure (voir aussi *Créance ou dépense afférente à l'administration de la procédure*; *Créance*)
définition — Introduction 12 *p*)

Créance prioritaire
classement d'une— — Deuxième V 67 à 71
définition — Introduction 12 *q*)
modification d'une—dans un redressement — Deuxième IV 34 à 37, 55 et 61

Créances de sommes d'argent
Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international — Première I 17, Deuxième II 89 et 140
utilisation et disposition de— — Deuxième II 89

Créancier (voir aussi *Créancier garanti*; *Créancier chirographaire*)
action en annulation, engagée par un— — Deuxième II 192 à 195
assemblées de créanciers— — Deuxième III 91 à 94
confidentialité, obligation de — Deuxième III 86 et 115
définition — Introduction 10 et 12 *s*)
demande d'ouverture d'une procédure présentée par un—
liquidation — Deuxième I 37 à 41
redressement — Deuxième I 48 à 53
droits du—dans la procédure d'insolvabilité — Deuxième III 86 et 116 à 120
fonctions incombant au—dans la procédure d'insolvabilité — Deuxième III 77 à 83

notification au—(voir *Notification*)
participation à la procédure d'insolvabilité — Deuxième III 85
encourager la participation du— — Deuxième III 85
mécanismes pour faciliter la participation du— — Deuxième III 88 à 90
redressement
approbation du plan de redressement par le— — Deuxième IV 26 à 43 et 47 à 51
classification du— — Deuxième IV 36 et 37
—abstentionniste, traitement dans la procédure de redressement — Deuxième IV 32
—opposant, traitement dans la procédure de redressement — Deuxième IV 28
lier les classes opposantes de créanciers— — Deuxième IV 54 et 55
proposition du plan de redressement par le— — Deuxième IV 11
rôle du—dans la procédure d'insolvabilité
questions exigeant l'approbation ou autre intervention du— — Deuxième II 71, 75, 77, 79, 80, 82 à 85, 88, 92, 93, 105 et 192 à 195, III 47, 48, 59, 69 à 74, 77 à 83, 91 à 98 et 110 à 112, IV 11, IV 26 à 43, 52 et 66 à 68, V 30, 33, 34 et 47
sélection du représentant de l'insolvabilité par le— — Deuxième III 47
surveillance des activités du débiteur par le— — Deuxième III 14

Créancier chirographaire (voir aussi *Créancier*)
aménagement de l'arrêt des poursuites en faveur du— — Deuxième II 55 et 62
application de l'arrêt des poursuites au— — Deuxième II 54
classement de la créance du— — Deuxième V 57 et 75
classes de créanciers chirographaires— — Deuxième IV 27 et 41 à 43
déclaration d'une créance par le— — Deuxième V 2 et 3
définition — Introduction 12 *t*)
financement postérieur à l'ouverture de la procédure, impact sur le— — Deuxième II 97 et 101
participation du—à la procédure d'insolvabilité — Deuxième III 102 et 109
plan de redressement, approbation par le— — Deuxième IV 26, 40, 59 et 64

Créancier garanti (voir aussi *Actif grevé*; *Sûreté réelle*)
arrêt des poursuites
aménagement de l'arrêt des poursuites en faveur du— — Deuxième II 53, 60 à 62
application de l'arrêt des poursuites au— — Deuxième II 27, 29, 31 à 33, 36 à 40 et 49
durée de l'application de l'arrêt des poursuites au—dans
une liquidation — Deuxième II 57
un redressement — Deuxième II 56
prorogation de l'arrêt des poursuites appliqué au— — Deuxième II 58
—dont la sûreté réelle est insuffisante — Deuxième IV 38 et 39
créances du— — Deuxième V 2-5
déclassement de créances par le— — Deuxième V 57

définition Introduction 12 *u*)
effet du redressement sur le—
approbation du plan de redressement par le— Deuxième IV 34 à 36, 51, 58 et 62
classes de créanciers garantis Deuxième IV 36 et 37
lier le—au plan approuvé Deuxième IV 26 et 55
participation à la procédure d'insolvabilité Deuxième III 87, 98 et 102 à 104
priorité du—dans une répartition Deuxième V 62 à 65
procédure de redressement accélérée, participation à une— Deuxième IV 86
protection des intérêts du—(voir *Protection de la valeur*)
renonciation à des actifs en faveur du— Deuxième II 88
traitement du—dans la procédure, généralités Deuxième II 121 et 123, annexe I
vente d'actifs par le— Deuxième II 83 et 84

Créancier prioritaire
approbation du plan de redressement par le— Deuxième IV 34 et 35
classement de la créance du— Deuxième V 55, 67 et 75
classes de— Deuxième IV 36 et 37
lier le—à un plan de redressement Deuxième IV 55
répartition entre créanciers prioritaires dans un redressement Deuxième V 81

Critère de la liquidité (voir *Cessation générale des paiements*)

Critère du bilan
—en tant que critère d'ouverture Deuxième I 25 à 29 et 39

Critère du flux de trésorerie (voir *Cessation générale des paiements*)

Débiteur
actifs du—(voir *Masse de l'insolvabilité*)
admissibilité, généralités Deuxième I 1 et 2
débiteur dont les actifs sont insuffisants Deuxième I 72 à 75
débiteur exigeant un traitement particulier Deuxième I 11
—personne physique Deuxième I 3 à 7
entreprises publiques débitrices Deuxième I 8 à 19
rattachement à l'État du for Deuxième I 12
centre des intérêts principaux Deuxième I 13 et 14
établissement Deuxième I 15 et 16
présence d'actifs Deuxième I 17 et 18
—non dessaisi Introduction 12 *v*), Deuxième III 16 à 18 et 51
décharge du—dans la procédure de liquidation Deuxième VI 3 à 13
demande d'ouverture présentée par le—
liquidation Deuxième I 33 et 34
obligation de présenter une demande Deuxième I 35 et 36
redressement Deuxième I 46 et 47
disposition d'actifs par le— Deuxième II 70 à 73
droits du—dans la procédure d'insolvabilité Deuxième III 19 à 21

droit d'être entendu — Deuxième III 20, 21, 116
entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure — Deuxième II 50
exécution du plan de redressement par le— — Deuxième IV 69 et 70
obligations du—dans la procédure d'insolvabilité
communication de renseignements — Deuxième III 24 à 27
confidentialité — Deuxième III 28
coopération et assistance — Deuxième III 23
inexécution des— — Deuxième III 32 et 33
obligations secondaires — Deuxième III 29 et 30
plan de redressement, proposition par le— — Deuxième IV 9, 10 et 15
recours à des professionnels pour aider le— — Deuxième III 31
responsabilité du—dans la procédure d'insolvabilité — Deuxième III 34
rôle du—dans la procédure d'insolvabilité
liquidation — Deuxième III 2 et 3
redressement — Deuxième III 4 à 18
dessaisissement total du— — Deuxième III 10
maintien du—(débiteur non dessaisi) — Deuxième III 16 à 18
supervision du—par le représentant de l'insolvabilité — Deuxième III 11 à 15

Débiteur non dessaisi (voir aussi *Débiteur*)
définition — Introduction 12 *v*)

Débiteur personne physique
actifs communs du— — Deuxième II 20
admissibilité du—à l'application de la loi sur l'insolvabilité — Deuxième I 3 à 7
décharge du—dans la liquidation — Deuxième I 3 et 5, VI 4 à 13
droits du— — Deuxième III 19 et 29
exclusion des actifs du—de la masse de l'insolvabilité — Deuxième II 18 à 21

Décharge
—dans la procédure de liquidation
débiteur personne physique — Deuxième I 3 et 5, VI 4 à 13
personne morale débitrice — Deuxième VI 3
—dans la procédure de redressement — Deuxième VI 14 et 15
—du débiteur dont les actifs sont insuffisants — Deuxième I 74
définition — Introduction 12 *w*)
effet de la—sur un tiers garant — Deuxième VI 13
généralités — Deuxième VI 1 et 2

Déclassement
déclassement contractuel — Deuxième V 57 à 59
—dans des négociations volontaires de restructuration — Deuxième IV 17
—de créances exclues — Deuxième V 9
—de créances, généralités — Deuxième V 55 et 56
—et traitement des groupes de sociétés — Deuxième V 85
—par le tribunal — Deuxième V 60 et 61

Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité
—présentée par un créancier Deuxième I 37 à 41
—présentée par le débiteur Deuxième I 33 à 36
effet d'une—sur
l'application de l'arrêt des poursuites Deuxième II 43 à 45
le calcul de la période suspecte Deuxième II 188
les clauses de résiliation automatique Deuxième II 114
la constitution de la masse de l'insolvabilité Deuxième II 22
la date de prise d'effet du rejet d'un contrat Deuxième II 128
les débiteurs dont les actifs sont insuffisants Deuxième I 72 à 75
la disposition d'actifs par le débiteur Deuxième II 70
les mesures provisoires Deuxième II 48
les opérations effectuées sans agrément après dépôt de la demande Deuxième II 16
la proposition d'un plan de redressement Deuxième IV 7
notification de la— Deuxième I 64 à 71
prise en compte de la—lors de la conversion de la procédure Deuxième IV 16
procédure de redressement accélérée Deuxième IV 89
questions procédurales Deuxième I 54
rejet d'une— Deuxième I 61 à 63, II 50

Disposition (voir aussi *Utilisation et disposition d'actifs*)
définition Introduction 12 *x*)
—d'actifs communs Deuxième II 87
—d'actifs par le débiteur Deuxième II 70
—du produit en espèces Deuxième II 92

Droits
—à payer pour la procédure d'insolvabilité Deuxième I 56 et 76 à 78, V 66

Employé (voir aussi *Contrats de travail*)
créance salariale, classement d'une Deuxième V 72 et 73
—du débiteur Deuxième III 31
—du représentant de l'insolvabilité Deuxième III 66 et 67

Entreprise publique
admissibilité de l'—au statut de débiteur Deuxième I 8 à 10

Établissement
définition Introduction 12 *z*)
—en tant que critère d'application de la loi sur l'insolvabilité Deuxième I 15 à 18
insolvabilité internationale (voir aussi *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*)

Financement postérieur à l'ouverture de la procédure
approbation du—par les créanciers Deuxième III 96
autorisation du— Deuxième II 105 et 106
besoin d'un— Deuxième II 94 à 98
effet de la conversion de la procédure sur la priorité du— Deuxième II 107
octroi d'une sûreté réelle pour le— Deuxième II 103 et 104

priorité accordée au— Deuxième II 100 à 102, V 53 et 65
sources de— Deuxième II 99

Groupes de sociétés
application des dispositions d'annulation aux— Deuxième V 85 et 92
application des dispositions sur le déclassement aux— Deuxième V 85
dettes intragroupe Deuxième V 92
responsabilité du groupe pour les dettes externes Deuxième V 86 à 91
traitement des—dans la procédure d'insolvabilité en général Deuxième V 82 à 85

Insolvabilité
définition Introduction 12 *aa*), annexe III Deuxième 51 et 52
—en tant que critère d'ouverture de la procédure (voir *Cessation générale des paiements*)

Insolvabilité imminente
—en tant que critère d'ouverture de la procédure Deuxième I 30 et 46

Insolvabilité internationale (voir aussi *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*)
constitution de la masse de l'insolvabilité en cas d'— Deuxième II 13 et 14
loi applicable en cas d'— Deuxième I 80
nécessité de règles pour l'— Première I 14
récupération d'actifs étrangers en cas d'— Deuxième II 24

Lex fori concursus
application de la— Deuxième I 80, 83 et 84
définition Introduction 12 *bb*)
exceptions à l'application de la— Deuxième I 85 à 91

Lex rei sitae
application de la— Deuxième I 82
définition Introduction 12 *cc*)

Liquidation
arrêt des poursuites, application dans une— Deuxième II 27
aux créanciers chirographaires Deuxième II 54
aux créanciers garantis Deuxième II 39, 40 et 57
clauses de résiliation automatique, traitement dans une— Deuxième II 117
clôture de la procédure de— Deuxième VI 17
contrats, continuation dans une— Deuxième II 112, 117, 118, 122, 123 et 145
conversion entre—et redressement (voir *Conversion de la procédure d'insolvabilité*)
créanciers, participation à la— Deuxième III 84 et 99
décharge du débiteur dans une— Deuxième VI 3 à 13
définition Introduction 12 *dd*)
demande d'ouverture d'une procédure de—présentée par le débiteur Deuxième I 33 à 36

un créancier	Deuxième I 37 à 41
une autorité publique	Deuxième I 42 à 44
financement postérieur à l'ouverture d'une procédure dans une—	Deuxième II 94 et 97
généralités	Première II 33 à 36
plan de redressement dans une—	Deuxième IV 2
principaux éléments d'une—	Première II 34
répartition dans une—	Deuxième V 80
rôle du débiteur dans une—	Deuxième III 2 et 3
utilisation et disposition d'actifs dans une—	Deuxième II 68, 74, 76, 83 et 90
Loi applicable	
contrats de travail	Deuxième I 87
création de droits et de créances	Deuxième I 81 et 82
dispositions d'annulation	Deuxième I 89 et 90
effets de la procédure d'insolvabilité	Deuxième I 83 et 84
exceptions à l'application de la—	Deuxième I 85 à 90
équilibre entre exceptions et objectifs de la procédure	Deuxième I 91
sûretés réelles	Deuxième I 88
systèmes de paiement et de règlement	Deuxième I 86
Loi sur l'insolvabilité	
articulation entre la—et les autres lois	Première I 26 et 27
principaux objectifs d'une—	Première I 1 à 19
questions de fond à traiter dans une—	Première I 20
structure d'une—	Première I 21 à 25
Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	
accès aux tribunaux locaux	Annexe III Première art. 9 à 14, Deuxième 28, 29 et 94 à 111
actifs étrangers, coopération du débiteur pour récupérer des	Deuxième III 23
actifs étrangers, inclusion dans la masse de l'insolvabilité	Deuxième II 14 et 24
actions en annulation	Annexe III Première art. 23, Deuxième 165 à 167
arrêt des poursuites dès la reconnaissance	Deuxième II 31 et 43, annexe III Première art. 20, par. 1 à 3, 21, par. 1 *a*) à *c*), Deuxième 32 à 34, 141 à 150 et 154 à 156
assistance étrangère pour une procédure d'insolvabilité locale	Annexe III Première art. 5, 25, Deuxième 26 et 27
centre des intérêts principaux	Deuxième I 13 et 14, annexe III Première art. 17, par. 2 *a*), Deuxième 72 et 126
champ d'application de la—	Annexe III Première art. 1, Deuxième 22 et 57 à 66

coopération internationale — Annexe III Première art. 25 à 27, Deuxième 38 à 41 et 173 à 183
créances étrangères — Deuxième V 10, 21 et 71, annexe III Première art. 13, Deuxième 104 et 105
établissement — Deuxième I 15, annexe III Première art. 2 *f*), 17, par. 2 *b*), Deuxième 75 à 186
incorporation de la—en tant que principal objectif de la loi sur l'insolvabilité — Première I 14
intervention dans une procédure locale — Annexe III Première art. 24, Deuxième 168 à 172
mesures disponibles dès la reconnaissance — Annexe III Première art. 20 et 21, Deuxième 32 à 34 et 135 à 160
mesures provisoires — Annexe III Première art. 19, Deuxième 30 et 135 à 140
objet de la— — Annexe III Deuxième 1 à 10
présence d'actifs — Deuxième I 17 et 18, annexe III Première art. 28, Deuxième 184 à 187
principales caractéristiques de la — — Annexe III Deuxième 13 à 19
procédures concurrentes, coordination des — Annexe III Première art. 28 à 32, Deuxième 42 à 48 et 184 à 200
procédure étrangère visée par la— — Annexe III Première art. 1 et 2, Deuxième 23 à 25, 51 à 55 et 67 à 73
protection des créanciers — Annexe III Première art. 22, Deuxième 161 à 164
reconnaissance de la procédure étrangère — Annexe III Première art. 15 à 17, 19 à 21, Deuxième 30 à 37 et 112 à 160
récupération d'actifs de la masse de l'insolvabilité — Deuxième II 24
représentant étranger — Annexe III Première art. 5, Deuxième 84 et 85
tribunal compétent pour appliquer la— — Annexe III Première art. 4, Deuxième 79 à 83
tribunal étranger — Annexe III Première art. 2 *e*), Deuxième 74

utilisation de la—comme modèle	Introduction I 2, annexe III Deuxième 11, 12, 20, 21, 49 et 50
Masse de l'insolvabilité	
constitution de la—	
actifs acquis après l'ouverture de la procédure	Deuxième II 4 et 23
actifs appartenant à des tiers	Deuxième II 10 à 12
actifs étrangers	Deuxième II 13 et 14
actifs exclus de la—	Deuxième II 17 à 21, III 20
actifs grevés	Deuxième II 7 à 9
généralités	Deuxième II 4 à 6
récupération d'actifs de la—	Deuxième II 24
date de constitution de la—	Deuxième II 22
et calcul de la période suspecte	Deuxième II 22
définition	Introduction 12 *ee*), Deuxième II 2 et 3
—dont les actifs sont insuffisants	Deuxième I 61, 72 à 75, II 170 et 194, III 58
—du débiteur personne physique	Deuxième II 18 à 21
préservation de la valeur de la—	Première I 10, 20 et 91, Deuxième II 26, 46, 70, 151 et 155, III 50
utilisation et disposition d'actifs de la—	Deuxième II 74 à 78
méthodes de vente	Deuxième II 79 à 82
Mesures	
aménagement—de l'arrêt des poursuites	Deuxième II 45, 55 à 57, 60 à 62, 68 et 88
demande de—présentée par une partie intéressée	Deuxième III 119 et 120
—provisoires (voir *Mesures provisoires*)	
Mesures provisoires	
aménagement des—	Deuxième II 53
exigences en matière de preuve pour obtenir des—	Deuxième II 51
—applicables dès le dépôt d'une demande d'ouverture	Deuxième II 47 à 49
—et arrêt des poursuites	Deuxième II 41, 43, 45 et 46
notification de la décision d'accorder des—	Deuxième II 52
notification de la demande de—	Deuxième II 52
rejet d'une demande d'ouverture, effet sur les—	Deuxième II 63
Négociations volontaires de restructuration (voir aussi *Procédure de redressement accélérée*)	
conditions préalables nécessaires pour des—	Première II 5
créanciers participants généralement aux—	Deuxième IV 81 et 82
définition	Introduction 12 *ff*)
difficultés pour parvenir à un accord au moyen de—	Première II 31, Deuxième IV 77 à 80
historique des—	Première II 2 à 4
—et dispositions d'annulation	Deuxième IV 94

principaux éléments des— Première II 7 à 14
procédure d'exécution d'un accord conclu dans le cadre de— Deuxième IV 83 à 94
règles et lignes directrices pour des— Première II 17 et 18, Deuxième IV 77
types d'obligations généralement visées par des— Deuxième IV 86

Notification
—aux actionnaires Deuxième IV 44
—aux créanciers Deuxième III 86 et 96, IV 32, 33, 58, 66, 68 et 88, V 28
—garantis d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure Deuxième II 104
par l'intermédiaire du comité des créanciers Deuxième II 74 et 79, III 86 et 110
—de la continuation ou du rejet des contrats Deuxième II 121 et 129
—de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité
demande présentée par le débiteur Deuxième I 64 à 66
demande présentée par un créancier Deuxième I 37, 59, 64 et 67
—de l'arrêt des poursuites Deuxième II 41
—de l'intention de vendre des actifs Deuxième II 75, 76, 79, 82, 88 et 93
—de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité
contenu de la— Deuxième I 71, V 26
modalités de la— Deuxième I 69 et 70
aux parties autres que les créanciers Deuxième I 68
—de mesures provisoires
demande de mesures provisoires Deuxième II 52
décision d'accorder des mesures provisoires Deuxième II 52
par le débiteur, obligation secondaire Deuxième III 29
par le représentant de l'insolvabilité Deuxième III 48

Opérations non agréées Deuxième III 2, 12, 16, 33 et 73

Opérations postérieures à l'ouverture de la procédure
—non agréées Deuxième II 16, 72 et 147

Opérations postérieures au dépôt de la demande d'ouverture
—non agréées Deuxième II 16, 72, 73 et 188

Ouverture de la procédure d'insolvabilité
critères d'— Deuxième I 23 à 31
décision d'ouverture Deuxième I 55 à 60
définition Introduction 12 *gg*)
notification de l'—
contenu de la notification Deuxième I 71, V 5
– au débiteur Deuxième I 67
– aux autres parties Deuxième I 68

– aux créanciers Deuxième I 65 et 66
modalités de la notification Deuxième I 69 et 70
objection à l'— Deuxième I 34
—automatique Deuxième I 57

Pari passu
compensation (set-off), effet sur le principe— Deuxième V 44
créances prioritaires, effet sur le principe— Deuxième V 67
définition Introduction 12 *hh*)

Partie intéressée
définition Introduction 12 *ii*)
droit de la—d'être entendue Deuxième III 116
droit de la—de faire appel Deuxième III 120
droit de recours de la—contre des décisions Deuxième III 53, 73, 92 et 117 à 119
modification du plan de redressement par une— Deuxième IV 66

Période suspecte
définition Introduction 12 *jj*)
durée de la— Deuxième II 159, 160, 182, 189 et 190
point de départ de la— Deuxième II 16, 22, 73, 188 et 203
prorogation de la— Deuxième II 191

Personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur
annulation d'opérations auxquelles participe une— Deuxième II 172, 173, 182, 183, 190 et 200
approbation du plan de redressement par une— Deuxième IV 46 et 58
classement de la créance d'une— Deuxième V 55, 60 et 77
créances d'une— Deuxième V 48
définition Introduction 12 *kk*)
vente d'actifs à une— Deuxième II 81

Personne morale débitrice Deuxième I 2 et 18, III 29 et 33

Plan de redressement
approbation du—par Deuxième IV 26 à 29
créanciers abstentionnistes, traitement des Deuxième IV 32
créanciers chirographaires Deuxième IV 40 à 43
créanciers garantis et créanciers prioritaires Deuxième IV 34 à 39
créanciers opposants, traitement des Deuxième IV 28, 29, 54 et 55
les actionnaires Deuxième IV 44
les créanciers
personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur Deuxième IV 46
classification des créances en vue de l'approbation du— Deuxième IV 27
contenu du— Deuxième IV 18 à 22
contestation de l'approbation du— Deuxième IV 57 à 59
contestation du —après son homologation par le tribunal Deuxième IV 65

conversion en liquidation, effet sur le— (voir *Conversion de la procédure d'insolvabilité*)
définition Introduction 12 *ll*)
échec de l'approbation du— Deuxième IV 53
effet d'un—approuvé Deuxième IV 64
exécution du— Deuxième IV 69
inexécution du— Deuxième IV 70 et 71
fonctions du— Deuxième IV 2
homologation du—par le tribunal Deuxième IV 56 à 63
informations devant accompagner le— Deuxième IV 23 à 25
modalités d'approbation du— Deuxième IV 30 et 31
modification du— Deuxième IV 52 et 66 à 68
nature et forme du— Deuxième IV 3 à 5
—dans une procédure accélérée (voir *Procédure de redressement accélérée*)
proposition du—
délais de proposition Deuxième IV 15 et 16
moment de la proposition Deuxième IV 7
parties autorisées à faire une proposition Deuxième IV 8 à 14
utilisation de présomptions pour l'approbation du— Deuxième IV 33
vote sur l'approbation du— Deuxième IV 47 à 51

Présence d'actifs
insolvabilité internationale (voir aussi *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*)
—en tant que critère d'application de la loi sur l'insolvabilité Deuxième I 14, 17 et 18

Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité Première I 1 à 14

Priorité
définition Introduction 12 *mm*)
détermination de la— Deuxième V 51 à 79
loi applicable à la détermination de la— Deuxième I 83
—du financement postérieur à l'ouverture de la procédure (voir *Financement postérieur à l'ouverture de la procédure*)
reconnaissance de la—antérieure à l'ouverture de la procédure Première I 13
répartition en fonction de l'ordre de— Deuxième V 80 et 81

Priorité d'administration
—pour le financement postérieur à l'ouverture de la procédure Deuxième II 101, 102 et 106
—pour l'exécution d'un contrat après l'ouverture de la procédure Deuxième II 133

Procédure de redressement accélérée
accélération de la— Deuxième IV 92 à 94
application de la loi sur l'insolvabilité à la— Deuxième IV 87 à 91
créanciers participant généralement à la— Deuxième IV 81 et 82
débiteurs pouvant demander l'ouverture d'une— Deuxième IV 84
demande de— Deuxième IV 89
effet de l'ouverture d'une— Deuxième IV 90

généralités — Deuxième IV 76 à 80
inexécution d'un plan homologué dans une— — Deuxième IV 91
obligations visées par une— — Deuxième IV 86

Procédure d'insolvabilité
abandon de la—(voir *Abandon de la procédure d'insolvabilité*)
clôture de la— — Deuxième VI 17
liquidation — Deuxième VI 18 et 19
redressement
conversion de la—(voir *Conversion de la procédure d'insolvabilité*)
définition — Introduction 12 *nn*)
demande d'ouverture d'une— (voir *Demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité*)
droits à payer pour—(voir *Droits*)
ouverture de la—(voir *Ouverture de la procédure d'insolvabilité*)
—unitaire(voir *Procédure d'insolvabilité unitaire*)

Procédure d'insolvabilité unitaire
ouverture d'une— — Deuxième I 46 et 53
structure d'une loi sur l'insolvabilité — Première I 21 et 25

Procédures administratives — Première II 37 et 38

Produit en espèces
définition — Introduction 12 *oo*)
utilisation et disposition du— — Deuxième II 92 et 93

Protection de la valeur
définition — Introduction 12 *pp*)
—d'actifs appartenant à des tiers — Deuxième II 91
—de la fraction garantie d'une créance — Deuxième II 69
—de la masse de l'insolvabilité — Deuxième II 25
—des actifs grevés — Deuxième II 63 à 68 et 104

Redressement
arrêt des poursuites, application dans un— — Deuxième II 28 et 29
créanciers garantis — Deuxième II 38
durée de l'arrêt des poursuites dans un— — Deuxième II 54 à 56
clauses de résiliation automatique, traitement dans un— — Deuxième II 114 à 116
clôture de la procédure de— — Deuxième VI 18 et 19
contrats, nécessité de poursuivre des contrats dans un—
conversion entre—et liquidation (voir *Conversion de la procédure d'insolvabilité*)
créanciers, nécessité de la participation dans un— — Deuxième IV 84
définition — Introduction 12 *qq*)
demande d'ouverture d'une procédure de—présentée par
le débiteur — Deuxième I 46 et 47
un créancier — Deuxième I 48 à 53

une autorité publique — Deuxième I 44
généralités — Première II 23 à 32
ouverture de la procédure de— — Deuxième I 31
principaux éléments d'un— — Première II 28
procédure de—accélérée (voir *Procédure de redressement accélérée*)
remise des dettes et de créances dans un— — Deuxième VI 14 et 15
répartition dans un— — Deuxième V 81
rôle du débiteur dans un— — Deuxième III A 4 à 18
utilisation et disposition d'actifs dans un—(voir *Utilisation et disposition d'actifs*)

Rejet d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité — Deuxième I 41, 61 à 63 et 79

Répartition
—dans la procédure de liquidation — Deuxième V 80
—dans la procédure de redressement — Deuxième V 81
—provisoire — Deuxième V 16, 24 et 40

Représentant de l'insolvabilité
action en annulation, engagée par le— — Deuxième II 192 à 195
confidentialité, obligation de — Deuxième III 52
conflit d'intérêts — Deuxième III 42 et 43
contestation des actes d'administration du— — Deuxième III 69 à 72
contrats, continuation ou rejet par le— — Deuxième II 120 à 130
contrôle et récupération des actifs par le— — Deuxième II 24
définition — Introduction 12 *rr*)
devoirs et fonctions du— — Deuxième III 49 à 51
droits du—, en tant que partie intéressée — Deuxième III 116 à 120
employés du— — Deuxième III 66
mandataires du— — Deuxième III 66
plan de redressement, proposition par le— — Deuxième IV 12
renonciation aux actifs par le— — Deuxième II 88
représentant étranger (voir *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*)
—provisoire — Deuxième II 49, III 38
responsabilité du— — Deuxième III 60 à 65
responsabilité du—pour les actes de ses mandataires et employés — Deuxième III 67
qualifications requises pour être nommé— — Deuxième III 36 et 37
connaissances et expérience — Deuxième III 39
qualifications professionnelles — Deuxième III 40
qualités personnelles — Deuxième III 41
remplacement du— — Deuxième III 74
rémunération du—
détermination du montant — Deuxième III 53 à 57
moyen de paiement — Deuxième III 58
priorité de la— — Deuxième III 57
révision de la— — Deuxième III 59
révocation du— — Deuxième III 73
sélection et nomination du—par — Deuxième III 44

le tribunal — Deuxième III 45
les créanciers — Deuxième III 47
une autorité de nomination indépendante — Deuxième III 46
supervision du débiteur dans la procédure de redressement — Deuxième III 11 à 15
supervision du— — Deuxième III 48
utilisation et disposition d'actifs par le—dans le cours normal des affaires — Deuxième II 75
abus de pouvoirs — Deuxième II 78
pouvoir de vendre des actifs libres de tout droit réel — Deuxième II 85 et 86
vérification et admission des créances par le— — Deuxième V 23 et 32

Responsabilité
—de l'autre partie à une opération annulée — Deuxième II 202
—du débiteur — Deuxième I 36, III 34
—du représentant de l'insolvabilité — Deuxième II 78, 96, 101, 127, 130 et 133, III 38, 60 à 65 et 67
—des membres du comité des créanciers — Deuxième III 85 et 113
—des sociétés d'un groupe — Deuxième V 84 et 88

Révocation du représentant de l'insolvabilité — Deuxième III 81

Salarié (voir *Employé*)

Sûreté réelle (voir aussi *Actif grevé*; *Créance garantie*; *Créancier garanti*)
annulation de la— — Deuxième II 150, 161 et 178 à 181
application de l'arrêt des poursuites à la— — Deuxième II 7, 31, 32 et 37
créance correspondant à la valeur de la— — Deuxième V 4 et 5
définition — Introduction 12 *ss*)
loi applicable à la création de la— — Deuxième I 81, 82 et 88
—et compensation (set-off) — Deuxième II 206
vente d'actifs libres de toute— — Deuxième II 85 et 86

Traitement préférentiel (voir aussi *Annulation*)
définition — Introduction 12 *tt*)

Tribunal
compétence du— — Deuxième I 19 et 54
définition — Introduction 7 et 8, 12 *uu*); annexe III Première art. 2 *e*)
rôle du tribunal dans la procédure d'insolvabilité
annulation — Deuxième II 169, 175, 188 et 191 à 193
arrêt des poursuites — Deuxième II 34, 41, 42, 57 et 60
autorisation des contrats — Deuxième II 73, III 11
clôture de la procédure d'insolvabilité — Deuxième VI 17 à 19
confidentialité des informations — Deuxième III 52 et 115

contrats — Deuxième II 111, 122, 124, 127 et 140
conversion de la procédure — Deuxième IV 72, 73 et 75
créances — Deuxième V 13, 14, 23, 25, 28, 30 à 32, 34, 38, 40, 41 et 47
créanciers garantis, protection des — Deuxième II 59
débiteur, supervision du — Deuxième III 13, 15, 17 et 29 à 32
décharge du débiteur — Deuxième VI 8 et 11
décision d'ouvrir la procédure d'insolvabilité — Deuxième I 55, 59 et 61
déclassement des créances — Deuxième V 60 et 61
évaluation des actifs grevés — Deuxième II 67 et 68
examen des décisions — Deuxième III 71, 72, 116 à 120, V 50
financement postérieur à l'ouverture de la procédure — Deuxième II 100, 101, 104 et 106
groupes de sociétés, traitement des — Deuxième V 84, 88 et 90
homologation du plan de redressement — Deuxième IV 56 à 63
mesures provisoires — Deuxième II 48 à 51 et 53
participation et représentation des créanciers — Deuxième III 81, 91, 92, 99, 108, 109, 111, 112 et 114
plan de redressement — Deuxième IV 10, 15, 43, 54, 55, 57, 65 à 67 et 69 à 71
procédure de redressement accélérée — Deuxième IV 76, 83 et 87 à 92
représentant de l'insolvabilité, nomination et supervision du — Deuxième III 36 à 38, 40, 43, 45, 48, 49, 51, 53, 59, 66, 68, 73 et 74
utilisation et disposition des actifs — Deuxième II 71, 75 à 77, 79, 80, 85, 88, 89, 90, 93
—et cadre institutionnel pour l'insolvabilité — Première III 1 à 8, Deuxième III 4 et 9

Utilisation et disposition d'actifs
actifs appartenant à des tiers — Deuxième II 74, 90 et 91
actifs communs — Deuxième II 87
actifs constituant une charge — Deuxième II 88
actifs grevés — Deuxième II 83 à 86
créances de sommes d'argent — Deuxième II 89
méthodes de vente — Deuxième II 79 à 82
personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, vente à une — Deuxième II 81
produit en espèces — Deuxième II 92 et 93
—dans le cours normal des affaires — Deuxième II 75 à 78
—par le débiteur — Deuxième II 70 à 73, III 2

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed in Austria
V.05-80723—July 2005—555

United Nations publication
Sales No. F.05.V.10
ISBN 92-1-233411-3

9 789212 334110