

**Assemblée générale**

Distr.: Limitée
23 septembre 2002

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**

Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Vingt-septième session
Vienne, 9-13 décembre 2002

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité**Note du secrétariat****Table des matières**

[L'introduction et la première partie du projet de guide sont parues sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A et B du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 et Add.6; les sections D à F du chapitre III ainsi que les chapitres IV à VII paraîtront dans des additifs postérieurs au présent additif.]

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Deuxième partie (<i>suite</i>)		
III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité		2
C. Utilisation et disposition des biens	105-117	2
1. Introduction	105	2
2. Biens compris dans la masse de l'insolvabilité.	106-114	2
3. Biens appartenant à des tiers	115-117	5
Recommandations	(43)-(51)	6



Les numéros de paragraphe entre crochets renvoient aux paragraphes pertinents du document A/CN.9/WG.V/WP.58 qui contient la version précédente du projet de guide.

Les numéros de recommandation entre crochets renvoient aux recommandations pertinentes figurant dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1, qui contiennent la version précédente des recommandations. Les ajouts qui ont été apportés aux recommandations dans le présent document sont soulignés.

Deuxième partie (suite)

III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

C. Utilisation et disposition des biens

1. Introduction

105. Bien qu'il soit en règle générale souhaitable que la législation de l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou ceux des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure d'insolvabilité puisse être atteint, que des biens entrant dans la masse de l'insolvabilité et des biens se trouvant en la possession du débiteur utilisés par l'entreprise débitrice continuent d'être utilisés ou que des actes de disposition continuent d'être accomplis. Cela vaut tout particulièrement pour les procédures de redressement, mais aussi pour les procédures de liquidation lorsque l'entreprise doit être vendue dans l'optique d'une poursuite de l'activité ou lorsque l'entreprise à liquider doit être maintenue en activité pendant une brève période afin de maximiser la valeur des biens, même si ceux-ci doivent être vendus séparément. Pour ces raisons, il est souhaitable que la législation de l'insolvabilité traite de l'utilisation, de la location ou de la disposition des biens de la masse et des biens appartenant à des tiers, fixe les conditions dans lesquelles ces biens pourront être utilisés et prévoie la protection des intérêts des tiers propriétaires et des créanciers garantis.

2. Biens compris dans la masse de l'insolvabilité

106. Dans certaines législations de l'insolvabilité, les personnes habilitées à exercer les pouvoirs afférents à l'utilisation et à la disposition des biens de la masse et les protections exigées varient selon que l'utilisation et la disposition s'inscrivent ou non dans le cours normal des activités de l'entreprise débitrice. Par exemple, les décisions concernant la vente, l'utilisation et la location de biens dans le cours normal des activités peuvent être prises par le représentant de l'insolvabilité sans que celui-ci ait à aviser les créanciers ou à en référer au tribunal. Lorsque la vente, l'utilisation ou la location ne s'inscrit pas dans le cours normal des activités, l'approbation du tribunal ou des créanciers peut être nécessaire. Certaines législations de l'insolvabilité établissent également une distinction entre divers types de biens et prévoient, pour chacun de ces types, des modalités d'utilisation et des conditions différentes. Des dispositions spéciales pourront s'appliquer, par exemple, aux biens périssables ou autres biens qui se déprécieront s'ils ne sont pas

vendus rapidement, aux liquidités et aux biens possédés conjointement par le débiteur et une autre personne.

a) Méthodes de vente

107. Lorsque des biens de la masse doivent être vendus, il importe qu'ils le soient d'une façon qui maximisera le prix qui en sera tiré et que les créanciers soient dûment avisés de la vente. Différentes approches ont été adoptées pour atteindre cet objectif. De nombreuses législations de l'insolvabilité exigent que les biens soient vendus aux enchères, certaines laissant aux créanciers ou au représentant de l'insolvabilité la faculté d'approuver une autre méthode de vente si elle doit être plus profitable. Certaines législations de l'insolvabilité donnent le pouvoir de vendre les biens 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 législations limitent également le pouvoir du représentant de l'insolvabilité de choisir librement la méthode de vente. Lorsque le représentant de l'insolvabilité opte pour une vente privée au lieu d'une vente aux enchères publiques, la loi peut exiger que la vente soit supervisée par le tribunal ou que les créanciers donnent expressément leur approbation. D'autres législations de l'insolvabilité attribuent au tribunal un rôle important dans la vente des biens, 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 législations de l'insolvabilité traitent aussi de questions telles que la vente de biens à un créancier pour compenser sa créance et la vente des biens du débiteur se trouvant en la possession d'un tiers à ce tiers, à un prix raisonnable compte tenu du marché.

108. Même si l'on peut penser que la législation de l'insolvabilité devrait, pour éviter la collusion, expressément interdire la vente à des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, dès lors que la vente est convenablement supervisée, une interdiction absolue n'est sans doute pas nécessaire.

b) Vente de biens grevés d'une sûreté

109. La législation de l'insolvabilité devra traiter la question de la disposition des biens grevés d'une sûreté et indiquer si c'est le représentant de l'insolvabilité ou le créancier garanti qui sera habilité à vendre ces biens. Dans une large mesure, l'approche adoptée diffère selon que la législation de l'insolvabilité inclut ou non les biens grevés d'une sûreté dans la masse de l'insolvabilité: dans la négative, le créancier garanti sera généralement libre de réaliser sa sûreté; dans l'affirmative, les approches sont diverses et, dans certains cas, dépendent de l'application d'autres dispositions de la législation de l'insolvabilité telles que celles relatives à l'arrêt des poursuites individuelles et à la faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre des biens grevés libres de toute sûreté. L'approche retenue peut aussi dépendre de la nature de la vente proposée: vente séparée du bien ou vente s'inscrivant dans la cession globale de l'entreprise en vue d'une poursuite de l'activité. Certaines législations de l'insolvabilité, par exemple, prévoient que seul le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer de ces biens tant en cas de liquidation qu'en cas de redressement. Certaines législations comportent des dispositions différentes selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement; seul le représentant de l'insolvabilité sera habilité à disposer des biens en cas de redressement, mais en cas de liquidation, ce pouvoir sera limité dans le temps. À

l'expiration de la période d'exclusivité du représentant de l'insolvabilité, le créancier garanti pourra exercer ses droits. L'approche adoptée peut également être liée à la question de l'arrêt des poursuites: tant que les poursuites seront suspendues, seul le représentant de l'insolvabilité pourra disposer des biens.

c) Faculté donnée au représentant de l'insolvabilité de vendre les biens de la masse sans qu'ils soient grevés d'un quelconque droit réel

110. Certaines législations de l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité pourra vendre les biens de la masse sans qu'ils soient grevés d'un quelconque droit réel, y compris une sûreté, sous réserve de certaines conditions. Il faudra, par exemple, que la vente soit autorisée par le droit commun, que la partie titulaire du droit réel consente à la vente, que le prix de vente soit supérieur à la valeur du droit réel ou que la partie titulaire du droit ait été contrainte (à l'issue d'une autre procédure judiciaire) d'accepter un désintéressement en espèces. Certaines législations prévoient également que si la partie titulaire du droit réel ne consent pas à la vente, le représentant de l'insolvabilité pourra s'adresser au tribunal pour demander l'autorisation de vendre le bien. 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 des créanciers et qu'elle ne portera pas gravement préjudice à la partie titulaire du droit réel.

d) Biens communs

111. Lorsque des biens sont possédés en commun, sous une forme quelconque de propriété conjointe ou de copropriété, par le débiteur et une ou plusieurs autres personnes, différentes approches peuvent être adoptées concernant la vente du droit réel du débiteur. Si le droit commun autorise la division des biens entre le débiteur et les copropriétaires aux fins d'exécution, le droit réel revenant à la masse de l'insolvabilité peut être vendu sans que cela ait d'incidence pour les copropriétaires. Certaines législations de l'insolvabilité, toutefois, autorisent le représentant de l'insolvabilité à vendre globalement les biens communs lorsque certaines conditions sont remplies. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque les biens ne sont pas divisibles entre la masse et les copropriétaires, lorsqu'une vente séparée serait beaucoup moins profitable pour la masse qu'une vente globale des biens libres des droits réels des copropriétaires, et lorsque les avantages pour la masse d'une telle vente l'emportent sur le préjudice que pourraient subir les copropriétaires. La législation de l'insolvabilité peut également donner aux copropriétaires la possibilité d'acheter le droit réel du débiteur avant que la vente à une autre ne soit menée à terme.

e) Biens qui constituent une charge, biens sans valeur et biens difficilement réalisables

112. [51] Il peut être conforme à l'objectif de maximisation de la valeur et de réduction des frais de procédure d'autoriser le représentant de l'insolvabilité, sous réserve de l'approbation du tribunal ou des créanciers, à abandonner le droit réel de la masse sur certains biens, y compris des terrains, actions ou parts, contrats, etc., à condition que cet abandon ne porte pas atteinte à des intérêts généraux supérieurs. Cette approche peut se justifier dans les situations suivantes: lorsque les biens ont

une valeur négative ou insignifiante, lorsqu'ils ne sont pas essentiels au redressement, lorsque leur maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient sa valeur de réalisation ou s'accompagnerait d'une obligation trop astreignante ou d'une obligation financière, ou lorsqu'ils sont invendables ou difficilement vendables.

f) Remise de biens grevés d'une sûreté

113. [80] Lorsque la validité d'une sûreté a été établie mais que les biens grevés sont sans valeur pour la masse de l'insolvabilité ou ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable par le représentant de l'insolvabilité, la législation de l'insolvabilité peut autoriser ce dernier à les remettre au créancier garanti, avec ou sans l'approbation du tribunal.

g) Créances

114. Lorsque la masse comprend des créances (le droit contractuel du débiteur d'obtenir le paiement d'une certaine somme), il peut être avantageux que le représentant de l'insolvabilité soit habilité à céder ces droits afin d'obtenir, par exemple, une contrepartie pour la masse ou un crédit. Différentes approches de la question de la cession des créances dans le contexte de l'insolvabilité ont été adoptées (voir deuxième partie, chap. III.D). [111] Certaines législations de l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres laissent la question être régie par le droit commun des contrats. Si le contrat comporte une clause d'incessibilité, il ne peut être cédé sans l'accord du cocontractant ou de toutes les parties au contrat initial. Certaines législations prévoient également que si le cocontractant ne donne pas son consentement, le représentant de l'insolvabilité pourra céder le contrat avec l'autorisation du tribunal s'il peut être démontré que le cocontractant refuse son consentement sans raison valable ou si le représentant de l'insolvabilité parvient à démontrer au cocontractant que le cessionnaire est capable d'exécuter le contrat de façon satisfaisante. Le représentant de l'insolvabilité est alors libre de céder le contrat au profit de la masse. Cette approche va dans le sens de celle qui a été adoptée à l'article 9 de la Convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international (2001).

3. Biens appartenant à des tiers

115. [48] Des questions complexes peuvent se poser lorsqu'il s'agit de déterminer si un bien appartient au débiteur ou à une autre partie, et si les biens d'un tiers qui se trouvent en la possession du débiteur (dans le cadre d'accords d'utilisation, de location ou de licence) à l'ouverture de la procédure devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III.A 3 a) et les développements sur les arrangements de réserve de propriété). Quelle que soit la réponse à cette question, dans certains cas d'insolvabilité, des biens appartenant à des tiers, à l'instar des biens grevés d'une sûreté, seront indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise, en particulier dans le cadre d'un redressement mais aussi, dans une moindre mesure, dans certaines procédures de liquidation. Dans ces cas, il serait avantageux que la législation de l'insolvabilité prévienne un mécanisme qui permette l'utilisation de ces biens dans la procédure d'insolvabilité. Certaines législations de l'insolvabilité traitent cette question en indiquant les

catégories de biens devant entrer dans la masse de l'insolvabilité. D'autres l'abordent dans le cadre des dispositions relatives au traitement des contrats, lorsque le débiteur est en possession du bien en vertu d'un arrangement contractuel, et elles peuvent par exemple limiter le droit de résilier ledit contrat ou encore empêcher le propriétaire de récupérer ses biens en cas d'insolvabilité (du moins sans l'approbation du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité) et permettre au représentant de l'insolvabilité de continuer à les utiliser (voir, deuxième partie, chap. III.D).

116. [49] Les biens faisant l'objet d'un contrat de location qui sont utilisés par le débiteur en tant que preneur à bail et dont le bailleur conserve la propriété méritent peut-être une attention particulière. Dans les pays où les arrangements qui permettent au financier de conserver la propriété du bien, à la différence d'une hypothèque ou d'une sûreté, sont très courants, il peut être nécessaire de respecter le titre de propriété du créancier et de permettre la distraction du bien de la masse (sous réserve des règles concernant le traitement des contrats: le droit de distraction peut être restreint si, par exemple, le représentant de l'insolvabilité choisit de poursuivre le contrat de location). D'autres législations en revanche prévoient la possibilité pour le tribunal d'ordonner un moratoire qui empêche les tiers de réclamer leurs biens pendant une période déterminée après l'ouverture de la procédure. Il peut être souhaitable de concilier ces deux approches de manière à maximiser la valeur de l'actif et à faire en sorte que la distraction du bien considéré n'empêche pas la cession de l'entreprise en vue d'une poursuite de l'activité ou son redressement. *[Note au Groupe de travail: cette section doit être alignée sur le guide concernant les sûretés – voir chap. III.A, par. 66 sous Biens visés.]* Il peut aussi parfois être nécessaire d'examiner de près ces types d'arrangements de financement pour déterminer si derrière le contrat de location ne se cache pas, en fait, une sorte de prêt garanti, auquel cas le bailleur serait soumis aux mêmes restrictions dans la procédure d'insolvabilité que le prêteur garanti.

117. Lorsque des biens appartenant à des tiers sont utilisés dans la procédure d'insolvabilité, la législation de l'insolvabilité devrait aussi peut-être prendre en compte la protection du droit réel du propriétaire, tout comme une protection est accordée aux créanciers garantis. Il est souhaitable que la masse paie une certaine somme en contrepartie des avantages qu'elle tire de la poursuite de l'utilisation du bien et que cette somme soit considérée comme une dépense d'administration de la masse. Il est également souhaitable que la législation de l'insolvabilité prévoie une protection appropriée contre la dépréciation des biens appartenant à des tiers.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions concernant l'utilisation et la disposition des biens est:

- a) de régler la façon dont les biens peuvent être utilisés et dont il peut en être disposé dans la procédure d'insolvabilité, y compris les modalités de cession;
- b) de fixer les limites des pouvoirs d'utilisation et de disposition;

- c) ~~de prévoir le traitement des biens qui occasionnent des frais, des biens dont il a été établi qu'ils sont sans valeur pour la masse de l'insolvabilité et des biens qui ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable par le représentant de l'insolvabilité. de permettre la renonciation à des biens qui occasionnent des frais et la remise des biens grevés d'une sûreté non profitables~~

Contenu des dispositions législatives

Biens compris dans la masse de l'insolvabilité

43) [35]] Lorsque la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice est autorisée dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de redressement, la législation de l'insolvabilité devrait:

- a) permettre au représentant de l'insolvabilité d'utiliser, de vendre ou de louer des biens compris dans la masse de l'insolvabilité dans le cours normal des activités;
- b) permettre au représentant de l'insolvabilité d'utiliser, de vendre ou de louer des biens compris dans la masse de l'insolvabilité autrement que dans le cours normal des activités, sous réserve de l'approbation [du tribunal] [des créanciers] [et conformément aux recommandations concernant l'utilisation des biens grevés de sûretés et des biens appartenant à des tiers].

44) Aux fins de la recommandation 43), la législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les biens grevés d'une sûreté¹ ne peuvent être utilisés par le représentant de l'insolvabilité que lorsque cela contribue et est nécessaire au bon déroulement de la procédure d'insolvabilité².

45) La législation de l'insolvabilité devrait comporter des dispositions concernant la protection du créancier garanti dans les cas où le représentant de l'insolvabilité utilise des biens grevés d'une sûreté. Les avantages qui découlent pour la masse de l'insolvabilité de l'utilisation des biens devraient donner lieu à un paiement qui entrerait dans les frais d'administration de la masse, et le créancier garanti devrait avoir droit à une protection contre la dépréciation du bien grevé.

Biens appartenant à un tiers

46) [36]] La législation de l'insolvabilité devrait autoriser l'utilisation par le représentant de l'insolvabilité de biens appartenant à un tiers ~~qui ne sont pas compris dans la masse de l'insolvabilité~~ mais qui sont en la possession du débiteur à la date de l'ouverture, lorsque cela contribuerait et serait nécessaire au bon déroulement de la procédure d'insolvabilité³. Lorsque des biens appartenant à un tiers sont en la possession du débiteur à la date de l'ouverture, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir leur restitution au tiers s'ils sont sans intérêt ou sans valeur pour la masse de l'insolvabilité.

¹ La recommandation 27 inclut les biens grevés d'une sûreté dans la masse de l'insolvabilité.

² L'utilisation de ces biens sera subordonnée à d'autres dispositions de la législation de l'insolvabilité, dont celles relatives au traitement des contrats.

³ L'utilisation de ces biens sera soumise à d'autres dispositions de la législation de l'insolvabilité, notamment celles concernant le traitement des contrats.

47) La législation de l'insolvabilité devrait comporter des dispositions concernant la protection du tiers propriétaire des biens lorsque ceux-ci sont utilisés par le représentant de l'insolvabilité. Les avantages qui découlent pour la masse de l'insolvabilité de l'utilisation des biens devraient donner lieu à un paiement qui entrerait dans les frais d'administration de la masse, et le propriétaire des biens devrait avoir droit à une protection contre leur dépréciation.

Biens qui constituent une charge, biens sans valeur et biens difficilement réalisables

48) [37)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité de ~~renoncer à tous~~ décider comment traiter les biens qui sont une charge⁴ pour la masse de l'insolvabilité ou qui ne sont pour elle d'aucun profit. En particulier, la législation de l'insolvabilité peut donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité de renoncer au droit réel de la masse sur les biens [sous réserve de l'approbation du tribunal ou des créanciers].

49) [38)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité [sous réserve de l'approbation du tribunal ou des créanciers] de ~~remettre~~ restituer au créancier garanti un bien grevé d'une sûreté valable lorsqu'il est établi que ce bien est une charge ou est sans valeur pour la masse de l'insolvabilité. La législation de l'insolvabilité [devrait] [peut] aussi prévoir que lorsqu'un bien grevé d'une sûreté valable ne peut être réalisé dans un délai raisonnable par le représentant de l'insolvabilité, ou lorsqu'on est raisonnablement en droit de s'attendre à ce que le créancier garanti puisse le vendre plus facilement et à un meilleur prix, le bien pourra être restitué au créancier garanti.

Méthodes de vente des biens

50) [39)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir des méthodes de vente qui maximisent la valeur des biens vendus [en dehors du cours normal des activités] [que ce soit dans le cadre d'une liquidation ou d'un redressement], en autorisant à la fois les enchères publiques et les ventes privées et en exigeant que les créanciers soient dûment avertis de toute vente. Les ventes privées ~~devraient~~ peuvent être soumises à [la supervision] [l'approbation] du tribunal ou à l'approbation des créanciers.

Faculté de vendre libres de toute sûreté des biens compris dans la masse de l'insolvabilité

51) [40)] La législation de l'insolvabilité peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre libres de toute sûreté détenue par une entité autre que la ~~masse~~ des biens compris dans la masse de l'insolvabilité, à condition que:

- a) ~~que le droit commun le permette;~~

⁴ La législation de l'insolvabilité peut préciser les circonstances dans lesquelles un bien peut être considéré comme constituant une charge, notamment [51] lorsqu'il a une valeur négative ou insignifiante; lorsqu'il n'est pas essentiel au redressement; lorsque son maintien dans la masse nécessiterait des dépenses excessives qui excéderaient sa valeur de réalisation ou s'accompagnerait d'une obligation trop astreignante ou d'une obligation financière; ou lorsqu'il est invendable ou difficilement vendable.

- ~~b) que l'entité y consente;~~
 - a) qu'il avise le créancier garanti de son intention de vendre le bien grevé;
 - b) que le créancier garanti se voie donner la possibilité de s'opposer à la vente proposée⁵;
 - c) que l'arrêt des poursuites soit maintenu; et
 - d) que l'ordre de préférence dans la distribution du produit de la vente du bien soit préservé.
-

⁵ Dans le cas d'un créancier garanti, l'opposition à la vente ne pourra généralement être acceptée que si le créancier peut vendre le bien à un meilleur prix que celui qui est proposé au représentant de l'insolvabilité.