



Assemblée générale

Distr.: Limitée
5 octobre 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Vingt-cinquième session
Vienne, 3-14 décembre 2001

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Rapport du Secrétaire général

Table des matières

[L'introduction, la première partie et le chapitre premier de la deuxième partie du projet de guide sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.57]

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
II. Demandes d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité	1-39	3
A. Champ d'application du droit de l'insolvabilité	1-9	3
1. Remarques générales	1-9	3
2. Champ d'application – résumé et recommandations	--	5
B. Critères de demande et d'ouverture	10-39	6
1. Remarques générales	10-39	6
2. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure – résumé et recommandations	--	15
III. Conséquences de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité	40-151	16
A. Masse de l'insolvabilité	40-52	16
1. Remarques générales	40-52	16
2. Masse de l'insolvabilité – résumé et recommandations	--	19
B. Protection de la masse de l'insolvabilité	53-83	20
1. Remarques générales	53-83	20
2. Protection de la masse de l'insolvabilité – résumé et recommandations	--	27

C.	Traitement des contrats	84-123	29
1.	Remarques générales	84-123	29
2.	Traitement des contrats – résumé et recommandations	--	39
D.	Actions en annulation	124-151	40
1.	Remarques générales	124-151	40
2.	Annulation – résumé et recommandations	--	47
IV.	Administration de la procédure	152-252	48
A.	Droits et obligations du débiteur	152-170	48
1.	Remarques générales	152-170	48
2.	Droits et obligations du débiteur – résumé et recommandations	--	53
B.	Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité	171-186	54
1.	Remarques générales	171-186	54
2.	Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité – résumé et recommandations	--	59
C.	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	187-191	60
1.	Remarques générales	187-191	60
2.	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure – résumé et recommandations	--	61
D.	Comité des créanciers	192-212	62
1.	Remarques générales	192-212	62
2.	Comité des créanciers – résumé et recommandations	--	66
E.	Créances des créanciers et traitement à leur accorder	213-252	67
1.	Remarques générales	213-252	67
2.	Créances des créanciers – résumé et recommandations	--	77
V.	Liquidation et répartition	253-260	79
A.	Ordre à établir aux fins de la répartition	253-255	79
1.	Remarques générales	253-255	79
2.	Répartition – résumé et recommandations	--	79
B.	Décharge	256-260	80
1.	Remarques générales	256-260	80
2.	Décharge – résumé et recommandations	--	81
VI.	Plans de redressement	261-299	81
1.	Remarques générales	261-299	81
2.	Plans de redressement – résumé et recommandations	--	91

II. Demandes d'ouverture et ouverture d'une procédure d'insolvabilité

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

1. Remarques générales

a) Débiteurs devant être visés par un régime d'insolvabilité

1. Lorsqu'on élabore un régime général d'insolvabilité, il importe avant tout de déterminer quels débiteurs pourront y être soumis. Les débiteurs qui en seront exclus ne bénéficieront pas des protections qu'il offre et ne seront pas non plus soumis à la discipline qu'il impose. Les critères d'admissibilité indiqueront les catégories de débiteurs dont l'entreprise peut faire l'objet d'une procédure de liquidation ou de redressement ainsi que toute entreprise devant être exclue du champ d'application du régime. À cet égard, se pose la question de savoir si ce dernier devrait établir une distinction entre particuliers et entités commerciales, car l'insolvabilité est associée, pour chacune de ces catégories, à des considérations de politique générale mais aussi à des comportements sociaux et autres différents. Ainsi, les politiques concernant l'endettement et l'insolvabilité personnels dénotent souvent des comportements culturels qui ne jouent pas autant lorsqu'il s'agit d'entités commerciales. On peut citer à cet égard la façon dont l'endettement personnel est perçu; l'aide à la gestion du surendettement; les effets sur le statut des particuliers faillis; et la remise de dettes. Les politiques relatives à l'insolvabilité des entités commerciales seront, en revanche, fondées sur des considérations économiques et commerciales telles que l'importance du rôle de ces entités dans l'économie et la nécessité de tenir compte de ces considérations dans les procédures d'insolvabilité applicables.

2. En conséquence, il faudra peut-être envisager la possibilité d'établir, dans le droit de l'insolvabilité, une distinction entre les différentes catégories d'entités exerçant des activités commerciales et d'indiquer de quelle branche de ce droit (insolvabilité des personnes physiques ou des personnes morales) relèveront les activités commerciales personnelles ou individuelles (y compris, par exemple, celles des sociétés en participation et des entrepreneurs individuels). On peut se fonder sur différents critères pour faciliter ce classement, par exemple sur la nature de l'activité, le montant des dettes et le lien entre ces derniers et l'activité commerciale. Toutefois, l'expérience d'un certain nombre de pays montre que, si les activités commerciales des entrepreneurs individuels font partie intégrante de l'activité commerciale en général, il est souvent préférable de les soumettre au régime de l'insolvabilité personnelle car, en définitive, le dirigeant d'une entreprise individuelle [entreprise n'ayant pas de personnalité morale propre] est indéfiniment responsable des dettes de son entreprise. Dans ces cas, se pose également la délicate question de l'extinction des dettes (libération du débiteur de tout ou partie de certaines dettes après la clôture de la procédure) et de la saisie des salaires perçus après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, de même que des problèmes personnels, tels que les règlements dans les procédures de divorce. En outre, le fait de soumettre les particuliers au régime d'insolvabilité des entités commerciales risque d'en gêner l'application car l'insolvabilité est généralement mal perçue. Il est donc souhaitable de tenir compte de ces différents points pour l'élaboration d'une

loi sur l'insolvabilité destinée aux entreprises. Le présent Guide n'aborde pas ces distinctions mais se concentre sur la conduite de l'activité commerciale, quel que soit le cadre choisi à cette fin.

3. Un régime général d'insolvabilité peut s'appliquer à toutes formes d'entités, de droit privé et de droit public, exerçant des activités commerciales, en particulier aux entreprises publiques qui opèrent sur le marché en tant qu'entités commerciales distinctes et sont soumises par ailleurs aux mêmes règles commerciales et économiques que les entités de droit privé. Le fait qu'une entreprise appartienne à l'État ne saurait en soi être un motif suffisant pour justifier son exclusion de l'application du droit général de l'insolvabilité. L'application de ce droit à ces entités a l'avantage de les soumettre à la discipline du marché et de montrer clairement que le soutien financier de l'État ne sera pas illimité. Il peut y avoir une exception à la règle générale lorsque l'État a adopté une politique visant à garantir explicitement les engagements de ces entreprises. Dans les cas où le traitement des entreprises publiques s'inscrit dans le cadre d'un changement de politique macroéconomique, par exemple l'instauration de vastes programmes de privatisation, une législation indépendante régissant les questions pertinentes, y compris l'insolvabilité, peut se justifier.

4. Bien qu'il puisse être souhaitable d'étendre la protection et la discipline d'un régime d'insolvabilité au plus grand nombre possible d'entités, un traitement distinct peut être accordé à certaines d'entre elles, par exemple pour des considérations d'intérêt général se rattachant à la protection des consommateurs ou parce qu'ayant un caractère spécialisé – comme les banques et compagnies d'assurance, les entreprises de services publics et les sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en produits de base – elles sont souvent soumises à une réglementation détaillée. Le présent Guide n'examine pas expressément les considérations particulières associées à l'insolvabilité de cette catégorie d'entités.

b) Applicabilité du droit de l'insolvabilité

i) Centre des intérêts principaux

5. Le débiteur doit non seulement entrer dans la catégorie des entreprises admissibles, mais aussi avoir un lien suffisant avec l'État hôte pour être soumis à sa législation sur l'insolvabilité.

6. Bien que certaines lois sur l'insolvabilité appliquent des critères tels que l'établissement principal, la CNUDCI a adopté, dans la Loi type sur l'insolvabilité internationale (ci-après la "Loi type de la CNUDCI"), la notion de "centre des intérêts principaux" du débiteur pour déterminer le lieu de la "procédure principale" pour ce débiteur. Ce terme est également employé dans le [projet] de convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international et dans le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après "le règlement de la CE"). La Loi type de la CNUDCI ne le définit pas; le règlement de la CE (13^e considérant) indique qu'il devrait correspondre au "lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Un critère approprié serait celui qui est retenu au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI et à l'article 3 du règlement de la CE, à savoir que, sauf si la preuve contraire peut être apportée, 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 au droit de l'insolvabilité de ce dernier.

7. 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 au droit de l'insolvabilité de plusieurs États, en raison des différents critères d'ouverture ou des différentes interprétations du même critère, d'où la possibilité de procédures 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.

ii) Établissement

8. 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. La définition est importante pour la structure générale de la Loi type de la CNUDCI car elle détermine les procédures susceptibles d'être considérées uniquement comme des procédures non principales, une procédure principale supposant l'existence d'un centre des intérêts principaux. De même, le règlement de la CE dispose qu'une procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement, mais que l'application de cette procédure sera limitée aux actifs du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État.

iii) Présence d'actifs

9. Certaines lois prévoient qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur qui possède ou a possédé des actifs sur le territoire de l'État sans exiger que ce débiteur y ait un établissement ou le centre de ses intérêts principaux. À cet égard, il conviendrait de faire une distinction entre liquidation et redressement. Si la présence d'actifs peut être un motif approprié pour ouvrir une procédure de liquidation de ces actifs, elle n'est pas suffisante pour justifier l'ouverture d'une procédure de redressement. En tant que critère, la présence d'actifs risque de poser des problèmes de multiplicité de juridiction, à savoir l'ouverture de plusieurs procédures, et des questions de coordination entre ces procédures et de coopération qui pourraient faire entrer en jeu la Loi type de la CNUDCI.

2. Champ d'application – résumé et recommandations

1) Les dispositions relatives au champ d'application du droit de l'insolvabilité ont pour objet de déterminer:

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

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

c) quels sont les critères d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant.

2) Une loi sur l'insolvabilité devrait régir les procédures d'insolvabilité de [tous les débiteurs] [toutes les entités commerciales ou dotées de la personnalité morale] ayant une activité commerciale [y compris les entreprises publiques ayant une activité commerciale].

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

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

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

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

7) Une procédure de liquidation peut être ouverte par ou contre un débiteur si ce dernier a un établissement dans l'État adoptant, mais devrait être limitée aux actifs du débiteur qui sont situés dans cet État.

B. Critères de demande et d'ouverture

1. Remarques générales

10. Il est essentiel, lorsque l'on élabore une loi sur l'insolvabilité, d'adopter certains critères pour la demande d'ouverture et l'ouverture d'une procédure. En posant les conditions à remplir pour présenter une demande d'ouverture, ces critères aident à déterminer quelles entités peuvent être soumises aux mécanismes de protection et de discipline de la procédure et qui peut former une telle demande.

11. En principe, il est souhaitable que l'accès à la procédure d'insolvabilité soit commode, peu coûteux et rapide, de manière à inciter les entreprises en difficulté financière ou insolvable à s'y soumettre volontairement. Il est également souhaitable d'assurer une certaine souplesse en proposant différents types de procédures, 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 chances de succès de la procédure, en particulier dans les cas de redressement. La facilité d'accès doit être contrebalancée par des mesures appropriées visant à prévenir tout abus. Un débiteur qui n'a pas de difficultés financières peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité afin de tirer parti des mesures de protection prévues par la loi, comme la suspension automatique des poursuites, alors qu'il n'est pas dans l'impossibilité de rembourser intégralement ses créanciers. De même, des créanciers

qui sont des concurrents du débiteur peuvent se servir de la procédure pour déstabiliser l'entreprise de ce dernier et ainsi prendre un avantage sur lui.

12. Les conditions spécifiques à remplir avant qu'une procédure d'insolvabilité puisse être ouverte varient selon les législations. Un certain nombre prévoient plusieurs critères différents et font également une distinction entre les critères d'ouverture applicables à la liquidation et ceux applicables au redressement, de même qu'entre les demandes présentées par un débiteur et celles présentées par un créancier.

a) Liquidation

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

14. Un critère largement retenu pour l'ouverture d'une procédure de liquidation est celui des liquidités ou des flux de trésorerie, qui suppose que le débiteur ait généralement cessé ses paiements ou qu'il ne soit pas en mesure de rembourser ses dettes à l'échéance. Ce critère vise à déclencher la procédure à un stade suffisamment précoce des difficultés financières du débiteur pour limiter autant que possible la dispersion des biens et éviter une course aux actifs entre les créanciers qui provoquerait le démembrement de l'entreprise du débiteur au détriment de l'ensemble des créanciers. Le fait d'autoriser l'ouverture de la procédure seulement à un stade ultérieur, lorsque le débiteur peut démontrer que ses difficultés financières se sont aggravées, par exemple lorsque son bilan fait apparaître un passif supérieur à l'actif, permet seulement d'interrompre une course entre créanciers qui a déjà commencé.

15. Un problème lié au critère de cessation générale des paiements, à savoir l'ouverture d'une procédure de liquidation d'une entité n'ayant qu'un problème passager de liquidités ou de trésorerie, peut être réglé par des dispositions prévoyant le rejet de cette procédure ou sa conversion en une autre procédure (par exemple, en une procédure de redressement – voir ...). On peut parer à d'autres abus éventuels également en prévoyant le rejet ou la conversion de la procédure, l'imposition de sanctions ou le versement de dommages-intérêts à la partie victime de l'abus. Ces mesures pourraient être appliquées, par exemple, lorsqu'un débiteur utilise l'insolvabilité pour se protéger contre un créancier unique ou pour temporiser et priver les créanciers du paiement rapide de l'intégralité des dettes ou lorsqu'un créancier demande une procédure d'insolvabilité en lieu et place d'une procédure de recouvrement de créances (ce type de procédure n'étant peut-être pas très développé) ou encore pour tenter d'exclure une entreprise viable du marché ou pour obtenir des paiements préférentiels.

16. La manière dont le critère de cessation générale des paiements est appliqué varie selon les législations sur l'insolvabilité. Dans certains pays, ce critère est le point de départ soit d'une procédure de liquidation soit d'une procédure de redressement et, lorsque la première est choisie, elle peut ultérieurement être convertie en procédure de redressement. Dans d'autres, il peut déclencher uniquement une procédure de redressement qui ne peut être convertie en procédure

de liquidation que si l'impossibilité de redresser l'entité est établie. Une troisième approche consiste à utiliser ce critère pour ouvrir une procédure unitaire (voir ...), le choix entre liquidation et redressement n'étant fait qu'après une période d'évaluation.

17. Une solution autre que l'adoption du critère de cessation générale des paiements, serait celle de la méthode du bilan, dans laquelle un excédent du passif sur l'actif est le signe de difficultés financières plus graves. Cette méthode peut donner une mesure inexacte de l'insolvabilité lorsque les normes comptables et les techniques d'évaluation aboutissent à des résultats qui ne reflètent pas la juste valeur marchande des actifs du débiteur ou lorsque les marchés ne sont pas suffisamment développés ou stables pour établir cette valeur. De plus, en tant que critère d'ouverture, elle peut entraîner des retards et des difficultés en matière de preuve, car elle exigerait généralement qu'un expert examine les livres, pièces comptables et données financières pour déterminer la juste valeur marchande de l'entité, ce qui est particulièrement difficile lorsque la comptabilité n'est pas dûment tenue ou facilement accessible. De ce fait, cette méthode conduit souvent à ouvrir une procédure une fois qu'il n'est plus possible de redresser l'entreprise. En outre, ce critère d'ouverture ne reflète pas nécessairement l'aptitude du débiteur à désintéresser collectivement ses créanciers lorsqu'il poursuit son activité et peut compromettre l'objectif de maximisation de la valeur des actifs. La méthode du bilan peut certes aider à définir l'insolvabilité, mais, pour les raisons exposées ci-dessus, n'est peut-être pas suffisamment fiable pour la définir à elle seule.

i) Demande présentée par le débiteur

18. De nombreuses lois sur l'insolvabilité appliquent le critère de "cessation générale des paiements" à la demande de liquidation formée par le débiteur. Lorsque le critère retenu est l'insolvabilité imminente, la possibilité de déposer une demande peut être limitée au débiteur. Dans la pratique, un débiteur présentera généralement une demande en dernier ressort, quand il n'est plus à même de payer ses dettes et, souvent le respect de ce critère n'est pas strictement vérifié. Tenant compte de cette pratique, certaines lois autorisent les débiteurs à former une demande sur simple déclaration de leur situation financière (qui, dans le cas d'une personne morale, peut être faite par les administrateurs ou d'autres membres d'un organe directeur) sans spécifier de critère particulier de difficulté financière.

19. Une question liée à la demande formée par le débiteur est de savoir si ce dernier devrait ou non être tenu de demander l'ouverture d'une procédure à un stade déterminé de ses difficultés financières. L'adoption d'une disposition sur ce point ne fait pas l'unanimité. 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. Mais elle peut aussi poser des problèmes pratiques difficiles à résoudre, à savoir quand et comment l'obligation s'appliquera, en particulier lorsqu'un retard dans le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure formelle pourrait engager la responsabilité personnelle de membres de l'entreprise débitrice, de ses administrateurs ou des membres de son organe directeur. Le débiteur risque alors d'être découragé de chercher des solutions informelles à ses difficultés financières, telles qu'un accord de redressement amiable, qui seraient peut-être plus appropriées dans certains cas.

L'adoption de mesures incitatives (telles qu'une protection contre des actions en recouvrement) peut être un moyen plus efficace d'encourager les débiteurs à engager rapidement une procédure.

ii) Demande présentée par les créanciers

20. L'application du critère de cessation générale des paiements aux demandes d'ouverture formées par les créanciers risque de poser des problèmes en matière de preuve. Si les créanciers seront sans doute en mesure de montrer que le débiteur n'a pas payé une ou plusieurs de leurs créances, il ne leur sera peut-être pas aussi facile d'apporter la preuve d'une cessation générale des paiements. Pratiquement, il faut qu'ils soient en mesure d'apporter une preuve, sous une forme relativement simple, établissant une présomption d'insolvabilité du débiteur, mais il ne faut pas leur imposer une charge de la preuve déraisonnablement lourde. 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 venue à échéance dans un délai spécifié après présentation d'une demande écrite de paiement. Toutefois, les créanciers détenant des créances non échues ont de toute évidence un intérêt légitime dans l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, plus particulièrement lorsqu'il s'agit de détenteurs de créances à long terme qui ne pourront peut-être jamais prétendre à l'ouverture d'une procédure si le critère retenu est l'échéance de la dette, mais dont les créances peuvent être affectées par les activités du débiteur. Néanmoins, l'établissement d'un critère permettant à ce type de créanciers de demander l'ouverture d'une procédure peut poser des difficultés en matière de production de preuves, en particulier sur la situation financière du débiteur. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise les créanciers détenant des créances non échues à demander l'ouverture d'une procédure, il faut peut-être trouver un compromis entre les problèmes de preuve et la nécessité d'assurer un accès commode, peu coûteux et rapide à la procédure.

21. Les législations sur l'insolvabilité traitent diversement la question de la demande d'ouverture d'une procédure émanant de créanciers. Certaines exigent que cette demande soit présentée par plusieurs créanciers (et parfois qu'il s'agisse de créanciers chirographaires détenant des créances non contestées); d'autres exigent que les créanciers détiennent des créances échues et représentent un certain montant de créances (ou qu'il y ait à la fois un nombre spécifié de créanciers et un montant déterminé de créances); d'autres enfin prévoient (dans le cas d'une demande présentée par un créancier unique) que le débiteur doit fournir au tribunal des informations permettant à celui-ci d'établir si le défaut de paiement résulte d'un litige avec le créancier ou est la preuve d'une pénurie de liquidités.

22. Si l'on exige que la demande soit présentée par plusieurs créanciers, c'est souvent par volonté de réduire au minimum 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. Mais il faudra peut-être concilier cet objectif avec la nécessité d'assurer un accès rapide et commode à la procédure. En outre, on peut régler les problèmes d'abus en tenant 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, en raison des variations de la valeur

des monnaies qui peuvent rendre nécessaire une modification de la loi) ou en adoptant une procédure similaire à celle qui est décrite ci-dessus, à savoir exiger que le débiteur fournisse des informations au tribunal. On peut également résoudre le problème en prévoyant certaines conséquences, comme le versement de dommages-intérêts pour le préjudice causé au débiteur, lorsque que la demande du créancier constitue un abus de procédure.

23. Lorsque les créances doivent être venues à échéance pour qu'une demande puisse être présentée, il peut être souhaitable d'assouplir légèrement cette exigence afin de tenir compte de circonstances exceptionnelles dans lesquelles une procédure d'insolvabilité devrait être ouverte même si les créances ne sont pas échues, à savoir, par exemple, lorsqu'il est manifeste que le débiteur accorde un traitement préférentiel à certains créanciers ou lorsqu'il agit de manière frauduleuse en ce qui concerne sa situation financière et, dans le cas d'un redressement, lorsque que la procédure est ouverte pour appliquer un accord préalablement négocié.

iii) Demande présentée par les pouvoirs publics

24. Une loi sur l'insolvabilité peut donner à un organisme public (normalement le ministère public ou l'équivalent) ou à un autre organe de contrôle le pouvoir non exclusif d'engager une procédure de liquidation contre toute entité qui cesse ses paiements ou, d'une façon plus générale dans certains pays, s'il est considéré que cette procédure est dans l'intérêt général. Dans ce dernier cas, la preuve de la pénurie de liquidités peut ne pas être nécessaire, ce qui permet à l'État de mettre fin à l'activité d'entreprises, par ailleurs saines, qui se sont livrées à certaines opérations, par exemple de nature frauduleuse ou criminelle. Si l'exercice d'un tel pouvoir de police peut se justifier dans certaines circonstances, il est manifestement souhaitable d'éviter tout abus (par exemple, qu'il y soit recouru trop systématiquement) et de veiller à ce qu'il soit exercé conformément à des directives claires. En règle générale, les pouvoirs publics seraient seulement habilités à engager une procédure de liquidation, bien que dans des cas particuliers, ils puissent convertir la procédure de liquidation en procédure de redressement, sous certaines conditions, par exemple que l'activité commerciale soit licite et que la gestion de l'entité soit reprise par un représentant de l'insolvabilité ou un organisme public.

[A/CN.9/504, par. 35: En conséquence, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait inclure certains critères permettant de déterminer les situations justifiant qu'il soit usé de ce pouvoir et donnant les indications sur la manière dont celui-ci devrait être exercé, afin de limiter le pouvoir discrétionnaire de l'autorité compétente.]

b) Redressement

i) Demande présentée par le débiteur

25. 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. Dans cette logique, il faudrait peut-être établir un critère d'ouverture qui n'oblige pas les débiteurs à attendre d'être en cessation générale des paiements (en d'autres termes de ne plus avoir de liquidités) pour présenter une demande, mais qui les autorise à engager une procédure lorsque leur situation financière est telle qu'ils deviendront insolubles si rien n'est fait pour y remédier. Les législations sur

L'insolvabilité traitent diversement les demandes présentées par les débiteurs. Certaines ne subordonnent pas l'ouverture de la procédure de redressement à un critère de fond: le débiteur peut présenter une demande quand il le souhaite. D'autres, y compris celles qui ont une approche unitaire (voir ci-dessus ...), précisent 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 l'échéance.

26. On peut objecter qu'un tel assouplissement des critères d'ouverture risque d'inciter les débiteurs à abuser de la procédure. 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 onéreuses, telles que celles découlant de contrats de travail, ou de temporiser et de priver les créanciers du paiement rapide de l'intégralité de leurs créances. Le risque de tels abus dépend de la manière dont sont conçus les éléments de la procédure de redressement, comme les critères d'ouverture, les modalités d'élaboration du plan de redressement et le contrôle que le débiteur exerce sur son entreprise une fois la procédure ouverte. Un moyen de se prémunir contre le risque d'abus de la part du débiteur pourrait être de prévoir, dans la loi des dispositions autorisant le tribunal compétent à rejeter la demande ou rendant le débiteur responsable envers les créanciers des frais liés à la contestation de la demande et l'obligeant à réparer tout préjudice causé par cette dernière.

ii) Demande présentée par les créanciers

27. 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. Une telle procédure ayant notamment pour objectif de donner aux créanciers la possibilité de présenter la valeur de leurs créances grâce à la poursuite des activités de l'entité et au redressement de cette dernière, il peut être souhaitable de ne pas donner au seul débiteur le pouvoir de l'engager. La possibilité pour les créanciers de prendre l'initiative est également étroitement liée à la question de savoir s'ils peuvent proposer un plan de redressement (voir sous "plans de redressement"). Un certain nombre de pays considèrent que, les créanciers étant souvent les premiers bénéficiaires d'un redressement mené avec succès, ils devraient avoir la possibilité de proposer un tel plan. Si l'on suit cette approche, il semble raisonnable de prévoir que les créanciers puissent présenter eux aussi une demande de procédure de redressement.

28. Si l'on admet que les créanciers peuvent demander le redressement de l'entreprise débitrice, les avis diffèrent néanmoins quant aux critères d'ouverture. Selon un avis, il est difficile de justifier l'application du même critère aux demandes formées par les créanciers et à celles émanant des débiteurs. En effet, non seulement il est difficile pour les créanciers de prouver que l'entreprise satisfait au critère de pénurie prévisible de liquidités, 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. Les critères d'ouverture pourraient exiger que les créanciers démontrent, par exemple, que des liquidités seraient disponibles pour financer la gestion de l'entreprise au jour le jour, que la valeur des actifs est suffisante pour que le redressement puisse être mené à bien et que le taux de

recouvrement des créances serait plus élevé que dans le cas d'une liquidation. Un des inconvénients de cette solution est qu'elle oblige les créanciers à procéder, ou à être en mesure de procéder à une évaluation approfondie de l'entreprise avant de présenter leur demande. Afin de remédier aux difficultés que les créanciers peuvent rencontrer pour obtenir les informations nécessaires, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir que, lorsqu'une demande est présentée par les créanciers, la situation financière du débiteur soit évaluée par un organisme indépendant. Une telle disposition aurait peut-être l'avantage de garantir qu'une procédure ne soit ouverte que dans les cas appropriés. Il faudrait toutefois veiller à ce que ces exigences supplémentaires ne retardent pas l'ouverture de la procédure, ce qui compromettrait la maximisation de la valeur des actifs et les chances de succès du redressement.

29. La question de la complexité ou de la simplicité des critères d'ouverture est étroitement liée aux conséquences de l'ouverture et de la conduite de la procédure d'insolvabilité. Dans les systèmes où une suspension s'applique automatiquement à l'ouverture, l'aptitude de l'entreprise à poursuivre son activité et à être redressée avec succès peut être évaluée après l'ouverture. Dans d'autres systèmes, cette information 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.

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

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

c) Questions de procédure

i) La décision d'ouvrir une procédure d'insolvabilité

32. Un certain nombre de questions de procédure se posent, la première ayant trait aux modalités d'ouverture de la procédure d'insolvabilité lorsqu'une demande a été présentée. Dans de nombreux pays, c'est normalement à un tribunal compétent qu'il appartient de déterminer, au vu de la demande, si les conditions requises ont été remplies. Parfois, cette décision est également prise par l'organe 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 d'ouverture de la procédure, que ce qu'il faut faire pour parvenir à la décision. Des conditions d'admissibilité conçues pour faciliter un accès précoce

et facile à la procédure d'insolvabilité, non seulement faciliteront l'examen par le tribunal de la demande en simplifiant les choses et en l'aidant à prendre une décision en temps voulu, mais seront également de nature à réduire le coût de la procédure et accroître la transparence et la prévisibilité (voir principaux objectifs ...). La question du coût peut revêtir une importance particulière dans le cas de l'insolvabilité de petites et moyennes entités commerciales.

33. Certaines lois sur l'insolvabilité font une distinction entre demandes volontaires et involontaires. Une demande volontaire émanant d'un débiteur peut faire office de reconnaissance de l'insolvabilité et conduire à l'ouverture automatique de la procédure, à moins qu'il puisse être démontré que le débiteur abuse de la procédure pour échapper à ses créanciers. Dans le cas d'une demande involontaire, le tribunal est tenu d'examiner si les critères d'ouverture ont été respectés avant de prendre une décision. Dans d'autres lois, le tribunal est tenu, que la demande soit volontaire ou involontaire, non seulement d'établir si les conditions d'admissibilité ont été remplies, mais aussi d'évaluer la situation financière du débiteur pour déterminer si la procédure demandée est appropriée en l'espèce. Un moyen de réduire la complexité potentielle de cette évaluation, est d'indiquer, premièrement, que l'évaluation doit être faite après l'ouverture, quand le tribunal peut bénéficier de l'assistance du représentant de l'insolvabilité et d'autres experts et, deuxièmement, de prévoir la possibilité d'une conversion entre liquidation et redressement. Si l'évaluation à effectuer est complexe et que le délai entre la demande et l'ouverture risque d'être long, il y a également un risque que d'autres dettes soient contractées pendant cette période du fait que le débiteur poursuit son activité et peut laisser les dettes commerciales s'accumuler pour préserver sa trésorerie.

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

34. 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 certitude et la prévisibilité du processus de décision et la conduite efficace de la procédure sans retard. Un moyen d'atteindre ces objectifs clefs peut être d'indiquer un délai, une fois qu'une demande a été présentée, pendant lequel doit être prise la décision d'ouverture. Bien que cette approche puisse contribuer à la certitude et à la transparence pour le débiteur et pour les créanciers, elle ne comporte pas que des avantages. Il se peut qu'un délai imposé ne soit pas suffisamment souple pour tenir compte des circonstances d'un cas particulier, qu'il soit fixé arbitrairement, sans tenir compte des ressources dont dispose l'organe chargé de la supervision de la procédure d'insolvabilité ou des priorités locales, et qu'il soit difficile de le faire respecter par l'organe de décision. Pour ces raisons, il est souhaitable que la 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.

[Note au Groupe de travail: Y a-t-il une distinction entre demandes volontaires et involontaires pour ce qui est des délais d'examen par le tribunal?]

iii) Notification d'ouverture

35. La notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est fondamentale pour plusieurs des principaux objectifs d'un régime d'insolvabilité – elle assure la

transparence de la procédure et l'égalité d'information des créanciers en cas de procédure volontaire. Il peut toutefois y avoir des circonstances exceptionnelles dans lesquelles il peut être prévu, avec l'accord du tribunal, de ne pas aviser le débiteur parce que cela est impossible ou que la notification risque d'aller à l'encontre de l'objet d'une demande particulière.

36. Dans le cas d'une demande volontaire émanant d'un débiteur, les créanciers ou d'autres personnes concernées ont un intérêt direct à recevoir notification de la procédure ainsi que la possibilité de contester les présomptions d'admissibilité et d'insolvabilité (éventuellement dans un délai déterminé pour éviter que la procédure ne se prolonge inutilement). La question se pose toutefois de savoir à quel moment les créanciers devraient être avisés – lorsque la demande est déposée ou à l'ouverture. Dans certaines circonstances, il peut être nécessaire de considérer, à côté de l'intérêt pour les créanciers de savoir que la demande a été faite, le risque d'affecter inutilement la position du débiteur en cas de rejet de la demande ou la tentation pour les créanciers de prendre des mesures de dernière minute pour faire exécuter leur créances. Une solution pourrait être d'aviser les créanciers à l'ouverture de la procédure.

37. Dans le cas d'une demande volontaire émanant d'un créancier, en revanche, le débiteur devrait avoir le droit d'être avisé immédiatement et avoir la possibilité d'être entendu et de contester les allégations des créanciers quant à sa position financière (voir "Droits et obligations du débiteur").

38. Outre la question du moment auquel la notification devrait être faite, il peut être nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité traite des modalités de cette notification et des informations à y faire figurer pour qu'elle soit efficace. Les modalités pourraient porter sur la partie tenue de faire la notification (par exemple, le tribunal ou la partie qui présente la demande) et sur la manière dont les informations peuvent être communiquées. S'il est possible d'aviser directement les créanciers connus, par exemple, la nécessité d'informer les créanciers non connus a conduit le législateur à inclure une disposition exigeant que la demande soit portée à leur connaissance dans une publication officielle de l'État ou dans un journal national à caractère commercial ou à grand tirage (voir l'article 14 de Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). Les informations à faire figurer dans la notification peuvent comprendre le moment où les créanciers peuvent déclarer leurs créances, comment et où ils peuvent le faire, quels créanciers peuvent déclarer leurs créances (la question étant de savoir si les créanciers garantis ont besoin de faire une telle déclaration – voir "Créances de créanciers").

iv) *Coûts*

[Note au Groupe de travail: Les questions de coûts devraient-elles être abordées dans le Guide?]

39. Les demandes de procédures émanant tant des débiteurs que des créanciers peuvent donner lieu au paiement de droits. Différentes approches peuvent être adoptées pour ce qui est du niveau des droits imposé. Par exemple, ceux-ci peuvent contribuer à couvrir les dépenses de fonctionnement du système d'insolvabilité. Toutefois, lorsque leur montant est trop élevé, il peut avoir un rôle dissuasif et aller à l'encontre de l'objectif d'un accès commode, peu coûteux et rapide à la procédure d'insolvabilité. 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 objectifs.

2. Demande d'ouverture et ouverture d'une procédure – résumé et recommandations

1) L'objet des dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives à la demande et aux critères d'ouverture d'une procédure sont:

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

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

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

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

2) Une demande de procédure de liquidation peut être présentée par:

a) un débiteur, auquel cas celui-ci devrait démontrer qu'il est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif];

b) un ou plusieurs créanciers qui détiennent des créances [venues à échéance et non payées par le débiteur] [actuellement dues et exigibles]; ou par un ou plusieurs créanciers ne détenant pas de créances venues à échéance mais pouvant démontrer que le débiteur [est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif]];

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

3) Une demande de procédure de redressement peut être présentée par:

a) un débiteur, auquel cas celui-ci devrait démontrer qu'il est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif];

b) un ou plusieurs créanciers détenant des créances [échues et non payées par le débiteur] [actuellement dues et exigibles] [et les créanciers pouvant démontrer que l'entreprise peut poursuivre son activité et être redressée avec succès] ou par un ou plusieurs créanciers ne détenant pas de créances échues mais pouvant démontrer que le débiteur [est ou sera dans l'incapacité de payer ses dettes à leur échéance [ou que son passif dépasse la valeur de son actif]];

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

4) Une demande d'ouverture d'une procédure devrait être présentée au tribunal. Une demande volontaire devrait établir une présomption sérieuse d'insolvabilité et déclencher automatiquement l'ouverture de la procédure. Dans le cas d'une demande volontaire, le tribunal devrait prendre une décision aussi rapidement que possible et en tout état de cause dans un délai de [...] jours à compter de la date de la demande. Il peut rejeter une procédure [ou la convertir] s'il est établi qu'elle est abusive.

- 5) Une demande émanant d'un ou de plusieurs créanciers ou d'un organisme public tels qu'indiqués aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus devrait être notifiée au débiteur et aux autres créanciers au moment où elle est présentée. La notification au débiteur devrait comprendre: [...]. [*Notification aux créanciers: voir 8).*]
- 6) Dans le cas d'une demande émanant d'un débiteur, une notification de l'ouverture de la procédure devrait être adressée aux créanciers.
- 7) Une notification de l'ouverture de la procédure devrait être adressée aux créanciers individuellement, sauf si le tribunal considère que, dans les circonstances, une autre forme de notification serait plus appropriée. [Une notification devrait également être adressée aux créanciers connus qui n'ont pas d'adresse dans le présent État. Aucune commission rogatoire ou autre formalité similaire n'est requise – [*Note au Groupe de travail: Faut-il répéter ici les dispositions de la Loi type?*]
- 8) La notification aux créanciers devrait:
- a) indiquer tout délai applicable pour la déclaration de leurs créances et spécifier le lieu où elle peut être faite;
 - b) indiquer si les créanciers garantis doivent déclarer leurs créances dans la mesure où celles-ci sont ou ne sont pas couvertes par la valeur de la sûreté;
 - c) contenir toutes autres informations devant figurer dans une telle notification aux créanciers conformément à [*la loi de l'État et les ordonnances du tribunal*].

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

A. Masse de l'insolvabilité

1. Remarques générales

40. Une étape fondamentale, dans la procédure d'insolvabilité, est l'identification, le recouvrement, la protection et la disposition des actifs appartenant au débiteur. De nombreux systèmes d'insolvabilité placent les actifs du débiteur insolvable sous un régime spécial. Le présent Guide emploie le thème "masse" dans son sens fonctionnel pour désigner les actifs du débiteur qui sont contrôlés par le représentant de l'insolvabilité et soumis à la procédure d'insolvabilité. Il y a des différences importantes dans l'interprétation de la notion de "masse de l'insolvabilité" selon les pays. Dans certains d'entre eux, la loi sur l'insolvabilité dispose que la propriété des actifs est transférée au responsable désigné. Dans d'autres, le débiteur reste propriétaire légal des actifs, mais ses pouvoirs de les administrer et d'en disposer sont limités (par exemple la disposition, y compris par constitution de sûretés, peut exiger le consentement du représentant de l'insolvabilité).

41. Quelle que soit la tradition juridique applicable, une loi sur l'insolvabilité devra définir clairement les actifs qui sont soumis à la procédure d'insolvabilité (et par conséquent, inclus dans la notion de "masse" lorsque ce terme est employé) et

comment ils seront affectés par cette procédure, car il y aura des conséquences pour sa portée et sa conduite et, en particulier dans le cas d'un redressement, pour ses chances de succès. Un énoncé clair assurera la transparence et la certitude pour les créanciers et pour le débiteur.

a) Actifs à inclure dans la masse

42. La masse devrait en principe inclure les actifs du débiteur à la date où s'ouvre la procédure d'insolvabilité ainsi que les actifs acquis par le représentant de l'insolvabilité et par le débiteur après cette date, que ce soit dans l'exercice de pouvoirs d'annulation (voir "Actions en annulation") ou dans le cours normal de la gestion des activités du débiteur.

43. La masse devrait comprendre en principe tous les actifs sur lesquels le débiteur a un droit, qu'ils soient ou non en sa possession à la date de l'ouverture de la procédure, à savoir tous les actifs corporels et incorporels. Les actifs corporels devraient être facilement retrouvés dans le bilan du débiteur, sous forme d'encaisse, d'équipement, de stocks, de travaux en cours, de comptes bancaires, d'effets à recevoir et d'immeubles. Les actifs devant entrer dans la catégorie des actifs incorporels peuvent être définis différemment dans différents États, en fonction de la législation, mais peuvent inclure des droits de propriété intellectuelle, des droits contractuels, des titres et instruments financiers, et [...] [sur lesquels le débiteur a un droit]. Dans le cas des personnes physiques, la masse peut également comprendre des actifs tels que les droits sur une succession auxquels le débiteur peut prétendre ou auxquels il a droit à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou encore qui naissent pendant cette procédure.

44. Questions à aborder:

[A/CN.9/504, paragraphe 46: [...] On a également estimé qu'il était nécessaire de mentionner les arrangements contractuels particuliers, tels que les transferts réalisés à titre de garantie, les arrangements fiduciaires et la consignation de marchandises.]

b) Actifs pouvant être exclus de la masse

i) Lorsque l'insolvable est une personne physique

45. Dans le cas de l'insolvabilité d'une personne physique, certains actifs peuvent être exclus de la masse, par exemple ceux qui se rapportent à des revenus acquis après le dépôt de la demande en échange de la fourniture de services personnels, les actifs nécessaires à la subsistance du débiteur et les actifs personnels et domestiques. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit des exclusions pour les actifs d'une personne physique, ces exclusions devraient être clairement identifiées et leur nombre limité au minimum nécessaire pour préserver les droits personnels du débiteur et lui permettre de mener une vie productive.

ii) Actifs grevés d'une sûreté

46. Les actifs grevés d'une sûreté sont traités différemment selon les lois sur l'insolvabilité. Nombre d'entre elles prévoient qu'ils sont inclus dans la masse de l'insolvabilité, l'ouverture de la procédure entraînant différents effets. Certaines imposent des restrictions à l'exécution des sûretés détenues par les créanciers ou des

tiers (par exemple en les soumettant à l'application d'une suspension ou à d'autres effets découlant de l'ouverture de la procédure), alors que dans d'autres, l'insolvabilité est sans incidence sur la sûreté et les créanciers peuvent faire exécuter leurs droits légaux et contractuels (voir sous "Suspension des poursuites"). Certaines lois exigeant que tous les actifs soient soumis à la procédure dans un premier temps autorisent leur distraction si l'existence d'un préjudice est prouvée. Lorsque les actifs grevés d'une sûreté doivent être inclus dans la masse, la loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement que cette inclusion ne portera pas atteinte aux droits des créanciers garantis.

47. L'exclusion des actifs grevés d'une sûreté peut avoir l'avantage d'accroître l'offre de crédit car les créanciers garantis auraient l'assurance que leurs intérêts ne seraient pas lésés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Toutefois, il faut peut-être mettre, en face de cet avantage, ceux qui peuvent découler de la soumission de tous les actifs du débiteur à la procédure dès son ouverture, en particulier dans le cas d'un redressement mais également lorsque l'entreprise doit être cédée en tant qu'entreprise viable dans le cadre d'une liquidation. Cette approche, non seulement peut aider à assurer l'égalité de traitement des créanciers mais aussi s'avérer indispensable à la procédure de redressement lorsque l'actif grevé est un élément central de l'entreprise; par exemple, lorsque des équipements de production sont essentiels pour les activités de l'entreprise débitrice, cette dernière ne peut être redressée que s'ils peuvent être conservés pour la procédure. La question de savoir si tel ou tel actif est essentiel à l'entreprise, quand elle se pose, pourrait être tranchée par le représentant de l'insolvabilité ou éventuellement par le comité des créanciers.

iii) Actifs appartenant à des tiers

48. Des difficultés peuvent se poser lorsqu'il s'agit de déterminer si un actif appartient à l'entreprise débitrice ou à un tiers et si les actifs d'un tiers qui sont en la possession du débiteur, dans le cadre d'accords d'utilisation, de location ou de licence au moment de l'ouverture de la procédure, devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité. Dans certains cas, ces actifs peuvent être indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise, en particulier dans le cadre d'un redressement, mais également, dans une moindre mesure, dans certaines procédures de liquidation, et il sera avantageux que la loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme permettant de les soumettre à la procédure d'insolvabilité. Certaines lois traitent cette question en indiquant les catégories d'actifs 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 de l'actif en vertu d'un arrangement contractuel, et elles peuvent par exemple limiter le droit de résilier ledit contrat ou encore empêcher le propriétaire de réclamer ses actifs en cas d'insolvabilité (voir sous "Traitement des contrats").

49. Les actifs utilisés par le débiteur, tout en étant soumis à un contrat de location dans lequel le bailleur conserve la propriété, méritent peut-être une attention particulière. Dans les pays où le financement avec réserve de propriété (le financier est propriétaire de l'actif, à la différence d'une hypothèque ou d'une sûreté) est très important, il peut être nécessaire de respecter le titre de propriété du créancier et d'autoriser que l'actif soit séparé de la masse (sous réserve des règles énoncées concernant le traitement des contrats: le droit de distraction peut être restreint si le

représentant de l'insolvabilité ratifie le contrat de location). D'autres lois en revanche prévoient la possibilité pour le tribunal d'ordonner un moratoire qui empêche les tiers de réclamer leurs actifs 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 des actifs et à faire en sorte que la distraction de l'actif considéré n'empêche pas la cession de l'entreprise en tant qu'entreprise viable ou son redressement. Il peut aussi parfois être nécessaire d'examiner de près ces accords de financement pour déterminer si la location ne dissimule pas en réalité un accord de prêt garanti, auquel cas le bailleur serait soumis aux mêmes restrictions que le prêteur garanti.

c) Récupération des actifs

50. L'identification des actifs qui seront soumis à la procédure exige parfois que le représentant de l'insolvabilité prenne des dispositions pour récupérer les actifs de la masse qui ont été indûment transférés ou ont été transférés au moment de l'insolvabilité, ce qui a entraîné une violation du principe *pari passu* (selon lequel les créanciers de la même catégorie sont traités sur un pied d'égalité et sont payés proportionnellement sur les actifs de la masse). La plupart des systèmes juridiques prévoient un moyen d'annuler des opérations antérieures et de recouvrer la valeur des actifs correspondants lorsque ces opérations se traduisent par un traitement préférentiel de certains créanciers ou avaient un caractère frauduleux, ou encore avaient été accomplies en vue de léser les droits des créanciers (voir sous "Actions en annulation"). La faculté de récupérer des actifs ou leur valeur peut également s'appliquer aux transferts réalisés par le débiteur après l'ouverture de la procédure, lorsque ces transferts n'ont pas été autorisés par le représentant de l'insolvabilité.

d) Disposition des actifs

51. Lorsque les actifs ont une valeur négative ou insignifiante, ou lorsqu'ils ne sont pas essentiels au redressement, il peut être conforme à l'objectif de maximisation d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à les abandonner, à condition que cet abandon ne porte pas atteinte à certains intérêts généraux supérieurs. L'abandon d'actifs permettra de réduire les frais de procédure imputés à la masse.

52. Questions à examiner: *modalités de vente des actifs et faculté de vendre des actifs libérés de toute sûreté réelle, charge ou autre forme de sûreté.*

2. Masse de l'insolvabilité – résumé et recommandations

1) Les dispositions relatives à la masse de l'insolvabilité ont pour objet d'identifier les actifs qui seront soumis au contrôle du représentant de l'insolvabilité et feront l'objet de la procédure d'insolvabilité.

2) Au moment de l'ouverture de la procédure, la masse de l'insolvabilité devrait comprendre:

a) les actifs sur lesquels le débiteur a un droit réel à la date de l'ouverture de la procédure, à savoir les actifs corporels et incorporels, que ceux-ci soient en possession du débiteur ou grevés d'une sûreté en faveur d'un créancier;

b) les actifs acquis après l'ouverture de la procédure, qu'ils l'aient été dans l'exercice de pouvoir d'annulation ou dans le cours normal des affaires.

3) Lorsque le débiteur est une personne physique, la loi sur l'insolvabilité peut spécifier quels actifs nécessaires pour préserver ses droits personnels devraient être exclus de la masse de l'insolvabilité.

4) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir un mécanisme permettant de conserver dans la masse de l'insolvabilité des actifs appartenant à un tiers qui sont en la possession du débiteur à la date d'ouverture de la procédure ainsi que les actifs grevés d'une sûreté lorsque ceux-ci sont essentiels à la procédure. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir également la protection du propriétaire des actifs dans les cas où l'existence d'un préjudice est prouvée. [Les actifs appartenant à un tiers qui sont en la possession du débiteur dans le cadre d'un arrangement contractuel peuvent être inclus sous réserve d'autres dispositions de la loi, telles que celles régissant la continuation et la résiliation des contrats et l'application de la suspension.]

B. Protection de la masse de l'insolvabilité

1. Remarques générales

53. L'un des objectifs essentiels d'un régime d'insolvabilité efficace est la mise en place d'un mécanisme de protection garantissant que les actions des diverses parties intéressées n'amointriront pas la valeur des actifs de la masse. Celle-ci doit surtout être protégée contre le débiteur et ses créanciers. La manière dont la masse peut être protégée contre les actions du débiteur est examinée sous la rubrique "Droits et obligations du débiteur".

a) Protection de la masse contre les créanciers et les tiers

54. En ce qui concerne les créanciers, l'un des principes fondamentaux de la loi sur l'insolvabilité est la reconnaissance du caractère collectif de la procédure, qui exige de préserver les intérêts de tous les créanciers contre l'action individuelle de l'un d'entre eux. De nombreux régimes d'insolvabilité prévoient l'imposition d'un mécanisme qui empêche les créanciers de faire exécuter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant une partie ou toute la durée de la procédure de liquidation ou de redressement, reconnaissant ainsi le caractère collectif de la procédure et préservant les intérêts collectifs des créanciers. Selon son champ d'application, un tel mécanisme est un moratoire ou une suspension. Le présent Guide emploie le terme "suspension" dans une acception large, désignant à la fois une suspension des poursuites et un moratoire visant à retarder l'engagement des poursuites.

55. En règle générale, l'application d'une suspension dans le cadre de la liquidation peut assurer une administration équitable et ordonnée de la procédure, le représentant de l'insolvabilité ayant ainsi un délai suffisant pour éviter une vente forcée qui ne permet pas de maximiser la valeur des actifs à liquider ainsi que la possibilité de voir si l'entreprise peut être cédée en tant qu'entreprise viable. Dans le cadre d'une procédure de redressement, une suspension des poursuites laisse au débiteur un répit pour organiser ses affaires et du temps pour préparer un plan de redressement et prendre les autres mesures nécessaires pour en assurer le succès, par

exemple, se défaire des activités non rentables ou des contrats onéreux. De ce fait, elle a un impact plus grand et, par conséquent, plus important que dans la liquidation et peut inciter fortement les débiteurs à demander l'ouverture d'une procédure de redressement. D'un autre côté, l'ouverture de la procédure et l'application d'une suspension avertit tous ceux qui traitent avec le débiteur que l'avenir de l'entreprise est incertain, ce qui peut entraîner une crise de confiance et susciter des incertitudes quant aux conséquences que l'insolvabilité aura pour eux, en tant que fournisseurs, clients et salariés de l'entreprise.

56. L'un des principaux problèmes dans la conception d'une loi efficace sur l'insolvabilité est de savoir comment concilier les avantages immédiats que l'entité tire de l'application rapide d'une suspension globale visant à limiter les actions des créanciers et les avantages à plus long terme qu'entraîne le fait de limiter l'incidence d'une telle suspension sur les relations contractuelles avec les créanciers.

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

b) Mesures provisoires

58. Entre la date de dépôt d'une demande d'ouverture par le débiteur ou le créancier et la date à laquelle la procédure d'insolvabilité est effectivement ouverte, les actifs du débiteur risquent d'être dispersés. Lorsqu'il forme la demande d'ouverture, le débiteur peut être tenté de transférer des actifs hors de l'entreprise et les créanciers, en prenant connaissance de la demande, peuvent tenter une action contre le débiteur pour devancer l'effet d'une suspension pouvant être imposée dès l'ouverture de la procédure.

59. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent le tribunal à ordonner des mesures visant à protéger la masse entre la date de dépôt de la demande et celle de l'ouverture de la procédure, soit à la demande des créanciers soit d'office. Ces mesures provisoires peuvent consister à nommer un représentant provisoire de l'insolvabilité; interdire au débiteur de disposer des actifs; mettre sous séquestre la totalité ou une partie des actifs du débiteur; suspendre l'exécution des sûretés contre le débiteur; suspendre toute action visant à distraire les actifs d'un débiteur, qu'elle soit engagée par un créancier garanti ou par le bénéficiaire d'une réserve de propriété; ou encore empêcher les créanciers d'engager des poursuites individuelles pour faire exécuter leurs créances. Du fait que ces mesures sont provisoires par nature et qu'elles sont prises avant que l'on ait déterminé si les critères d'ouverture sont satisfaits, les créanciers requérants peuvent être tenus par le tribunal de prouver qu'elles sont nécessaires et, dans certains cas, de fournir un cautionnement pour les frais ou préjudices pouvant en découler.

c) Application d'une suspension – questions de procédure*i) Champ d'application de la suspension*

60. Certains pays adoptent le principe selon lequel la suspension, pour être efficace, doit être très large, s'appliquer à tous les recours et à toutes les procédures contre le débiteur et ses actifs, qu'ils soient administratifs, judiciaires ou extrajudiciaires, et empêcher les créanciers chirographaires comme les créanciers garantis d'exercer des droits d'exécution et les pouvoirs publics d'exercer des droits de priorité. [*Question à traiter plus en détail: mesure dans laquelle les organismes publics échappent à la décision du tribunal ou distinction faite entre l'action des pouvoirs publics visant à faire appliquer des pouvoirs de police ou des pouvoirs réglementaires et celle visant à faire respecter des intérêts pécuniaires*]. Les types d'actions susceptibles d'être suspendues pourraient être les suivants: ouverture ou poursuite d'actions ou de procédures contre le débiteur ou en rapport avec ses actifs; ouverture ou poursuite de procédures d'exécution concernant les actifs du débiteur, y compris l'exécution d'une décision de justice ou d'une sûreté; récupération par tout propriétaire ou bailleur de biens utilisés par le débiteur, occupés par celui-ci ou en sa possession; paiement ou constitution d'une sûreté pour une dette contractée avant la date de l'ouverture de la procédure; droit de transférer, de grever ou de disposer de toute autre manière d'actifs du débiteur; et cessation, suspension ou 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 prévoit, par exemple, 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.

61. Dans le cas de la liquidation, où la suspension s'applique souvent aux procédures judiciaires engagées contre le débiteur, certaines lois prévoient que ces procédures peuvent être poursuivies si nécessaire. Le paragraphe 3 de l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale prévoit, par exemple, que l'application de la suspension à l'ouverture ou à la poursuite d'actions ou de procédures individuelles contre le débiteur n'affecte pas le droit d'engager des actions ou des procédures individuelles dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur. D'autres lois, en revanche, n'appliquent pas la suspension aux procédures judiciaires en cas de redressement. Dans certains pays, la suspension ne touche pas les actions intentées par les salariés contre le débiteur, mais s'applique à toute mesure d'exécution découlant de ces actions.

62. La loi sur l'insolvabilité doit indiquer clairement les actions qui sont soumises ou non à la suspension, que celles-ci puissent être engagées par les créanciers (y compris les créanciers privilégiés, tels que les salariés, les titulaires de privilèges par effet de la loi ou les organismes publics) ou des tiers (tels qu'un bailleur ou un propriétaire de biens en possession du débiteur, ou encore utilisés ou occupés par ce dernier).

63. Il peut y avoir lieu aussi d'examiner la nécessité d'autres exemptions, notamment pour les droits à compensation et la compensation globale des contrats financiers (voir sous "Traitement des contrats"), ou encore les exemptions visant à

protéger l'intérêt général ou à prévenir les abus, tels que le recours à une procédure d'insolvabilité pour masquer des activités illégales.

ii) Application discrétionnaire ou automatique de la suspension

64. Il faut se demander pour commencer si la suspension s'applique automatiquement 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. L'application discrétionnaire peut permettre d'adapter la suspension aux besoins de l'espèce (en ce qui concerne le débiteur, ses actifs et ses créanciers) et éviter d'appliquer une suspension inutilement ou de porter inutilement atteinte aux droits des créanciers garantis. Toutefois, afin d'éviter tout retard, de ne pas avoir à saisir le tribunal, de pouvoir maximiser la valeur des actifs et d'assurer que la procédure d'insolvabilité soit non seulement équitable et ordonnée, mais également transparente et prévisible, on peut faire valoir que la suspension devrait s'appliquer automatiquement. La suspension automatique est une caractéristique de nombreux régimes modernes d'insolvabilité.

iii) Date à laquelle s'applique la suspension

65. Une question liée aux modalités d'application est de savoir à quelle date la suspension s'appliquera dans le cas tant de la liquidation que du redressement et si la loi sur l'insolvabilité devrait établir une distinction, à cette fin, entre les demandes émanant d'un débiteur et celles formées par un créancier.

66. Ces questions peuvent être abordées différemment. Une approche peut consister à appliquer la suspension dès le dépôt d'une demande de liquidation ou de redressement, que cette demande soit formée par un débiteur ou un créancier, ce qui évite d'avoir à examiner s'il existe des mesures provisoires ou conservatoires pouvant s'appliquer pendant la période entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Une fois la procédure ouverte, la suspension continuerait de s'appliquer dans le cas du redressement. Dans le cas de la liquidation, elle pourrait continuer de s'appliquer de manière discrétionnaire, lorsque les actifs doivent être vendus séparément. Si l'entreprise doit être cédée en tant qu'entreprise viable, toutefois, il peut être avantageux pour l'administration de la procédure de continuer à appliquer la suspension après l'ouverture.

67. Une seconde approche peut consister à établir une distinction selon que la demande est formée par le débiteur ou par le créancier. Dans le cas d'une demande émanant d'un créancier la suspension s'appliquerait – qu'il s'agisse d'une procédure de liquidation ou de redressement – après l'ouverture, le tribunal pouvant prendre des mesures provisoires ou conservatoires pour la période entre le dépôt de la demande et l'ouverture de la procédure. Dans le cas d'une demande émanant du débiteur, la suspension pourrait s'appliquer automatiquement dès le dépôt de la demande – qu'il s'agisse d'une procédure de liquidation ou de redressement – ce qui empêcherait les créanciers d'engager des actions, en particulier des procédures d'exécution, contre le débiteur avant l'ouverture de la procédure.

d) Application de la suspension aux créanciers chirographaires

68. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que, dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, la suspension s'applique aux créanciers chirographaires pendant toute la procédure.

e) Application de la suspension aux créanciers garantis

69. Les créanciers demandent généralement une sûreté afin de protéger leurs intérêts en cas de défaillance du débiteur. Pour que cet objectif soit atteint, on peut faire valoir que, lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, sa réalisation immédiate par le créancier ne devrait pas être retardée ou empêchée. 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 incertaine la faculté de recouvrer des créances ou de réduire la valeur des sûretés, telle que l'application d'une suspension aux créanciers garantis, doit être soigneusement examinée. Une telle mesure risque, en dernière analyse, non seulement de nuire à l'autonomie des parties et à la nécessité d'honorer les engagements commerciaux, mais aussi de compromettre l'offre de crédit à des taux abordables: à mesure que diminue la protection offerte par les sûretés, il peut être nécessaire d'accroître le prix du crédit pour compenser l'augmentation du risque.

70. Certaines lois sur l'insolvabilité reconnaissent néanmoins que, dans certains cas, le fait d'autoriser les créanciers garantis à séparer librement leur sûreté des autres actifs faisant l'objet de la procédure peut aller à l'encontre des principaux objectifs de la procédure. Dans le cadre d'un redressement, lorsque des actifs essentiels au fonctionnement de l'entreprise débitrice sont grevés d'une sûreté, l'exécution des créances, par les créanciers garantis, à l'ouverture de la procédure risque d'empêcher le débiteur de continuer à exploiter son entreprise pendant qu'il élabore un plan de redressement. Il en va de même, quoique dans une moindre mesure, dans le cadre d'une procédure de liquidation. En règle générale, lorsque le représentant de l'insolvabilité a pour tâche de regrouper et de réaliser des actifs et d'en répartir le produit entre les créanciers sous la forme de dividendes, le créancier garanti peut être autorisé à réaliser librement sa sûreté malgré la liquidation. Il y aura toutefois des cas où le représentant de l'insolvabilité sera peut-être à même d'obtenir un meilleur résultat, permettant de maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt collectif des créanciers, si la suspension est appliquée pour restreindre la faculté de séparer la sûreté. Il en est ainsi, en particulier, lorsqu'il est possible de céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable, mais cela peut être vrai aussi dans des cas où, les actifs devant être vendus séparément, un certain délai est nécessaire pour organiser la vente la plus rentable possible au profit de tous les créanciers chirographaires.

71. Lorsque la suspension s'étend aux sûretés, la loi sur l'insolvabilité peut comporter des mesures garantissant qu'il ne sera pas porté atteinte à ces droits garantis. Ces mesures peuvent avoir trait à la durée de la suspension, à la préservation de la valeur de la sûreté, au paiement d'intérêts et à la possibilité de lever la suspension lorsque la sûreté n'est pas suffisamment protégée ou qu'elle n'est pas nécessaire à la cession de la totalité de l'entreprise ou d'une partie de ses unités de production.

i) Liquidation

72. Dans le cas d'une procédure de liquidation, différentes approches sont adoptées à l'égard de l'application de la suspension aux créanciers garantis. Certaines lois sur l'insolvabilité les excluent du champ d'application de la suspension, au motif que, lorsque les actifs doivent être liquidés, il faudrait donner la préférence à la protection des droits de ces créanciers. Lorsque cette approche est adoptée, une certaine souplesse peut être nécessaire pour tenir compte des cas où l'entreprise peut être cédée en tant qu'entreprise viable dans le cadre de la liquidation. Certaines des lois sur l'insolvabilité qui n'appliquent pas la suspension aux créanciers garantis s'attachent à encourager le débiteur et les créanciers à mener des négociations avant l'ouverture de la procédure pour s'entendre sur la marche à suivre. Lorsqu'ils y parviennent, l'application d'une suspension aux créanciers garantis n'est peut-être pas nécessaire. D'autres lois prévoient l'application automatique de la suspension aux créanciers garantis dès l'ouverture de la procédure de liquidation, mais seulement pour une courte période, par exemple 30 ou 60 jours, sauf lorsque la sûreté est essentielle à la cession de l'entreprise en tant qu'entreprise viable (auquel cas la suspension peut être prorogée). Pendant cette période, le représentant de l'insolvabilité peut accomplir ses tâches et évaluer l'actif et le passif de l'entreprise. Une autre approche consiste à appliquer la suspension aux créanciers garantis pour la durée de la procédure, sauf si un tribunal ordonne la mainlevée lorsqu'il peut être démontré que la valeur de la sûreté diminue.

73. Lorsque la suspension a effet pendant une durée déterminée, la loi peut prévoir sa prorogation à la demande du représentant de l'insolvabilité, s'il peut être démontré que cette prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs (l'entité ou des unités de cette entité ont des chances raisonnables d'être cédées comme entreprise viable) à condition de ne pas causer un préjudice déraisonnable aux créanciers garantis. Afin d'offrir une protection supplémentaire et d'éviter que la suspension ne soit appliquée pour une période indéterminée ou inutilement longue, la loi sur l'insolvabilité peut limiter la période pendant laquelle la suspension peut être prorogée.

ii) Redressement

74. Dans les procédures où il existe une réelle possibilité de redresser l'entreprise, il est souhaitable que la suspension ait une portée très large, voire générale. Dans certains cas, il peut être également opportun d'appliquer cette suspension aux créanciers munis d'une sûreté pour la durée de la procédure afin d'en assurer le bon déroulement sans que les actifs puissent être dissociés avant la fin du redressement. Toutefois, pour éviter les retards et favoriser une conclusion rapide de la procédure, il peut aussi être avantageux de limiter l'application de la suspension à la durée qui serait raisonnablement nécessaire pour l'approbation d'un plan de redressement; il n'est pas souhaitable de suspendre les poursuites pour une période incertaine ou inutilement longue. Une telle limitation aurait en outre 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 restreint. Lorsque la sûreté considérée n'est pas essentielle au redressement ou que le créancier peut apporter d'autres justifications, le droit de l'insolvabilité peut prévoir la levée de la suspension (voir ci-après).

f) Protection des créanciers garantis*i) Préservation de la valeur économique des créances garanties*

75. Bien qu'il faille s'attendre, dans une procédure de redressement, à une légère érosion de la situation des créanciers garantis, il n'est pas souhaitable qu'un seul créancier garanti ou groupe de créanciers garantis assume exclusivement ou principalement le fardeau.

76. Une série de mesures permettant de remédier à l'effet négatif de la suspension des poursuites sur les créanciers garantis dans une procédure de liquidation est celle qui vise à maintenir la valeur économique des créances garanties pendant la durée de la suspension (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Une méthode consiste à préserver la valeur de la sûreté elle-même, étant entendu que, lors de la liquidation, le produit de la vente de la sûreté sera distribué directement au créancier à hauteur de la fraction garantie de la créance. Cette méthode peut exiger l'adoption d'un certain nombre de mesures.

77. Pendant la période de suspension, il est possible que la valeur de la sûreté détenue par le créancier se déprécie, ce qui risque d'avoir une incidence sur le rang de priorité accordé à celui-ci, au moment de la répartition, ce rang dépendant en effet de la valeur de la sûreté. Certaines législations sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité doit dédommager les créanciers garantis soit en leur offrant une sûreté de remplacement soit en leur versant périodiquement une somme correspondant au montant de la dépréciation. Certains pays qui préservent la valeur de la sûreté suivant les modalités décrites autorisent également le versement d'intérêts pendant la durée de la suspension, mais seulement si la valeur de la sûreté dépasse celle de la créance garantie. Cette solution peut encourager les prêteurs à demander des sûretés adéquates qui dépasseront la valeur de leurs créances. Dans certains cas, le représentant de l'insolvabilité peut juger nécessaire d'utiliser ou de vendre des actifs grevés avant la liquidation 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 peut souhaiter vendre des stocks qui sont partiellement grevés. Ainsi, dans les cas où la protection des créanciers garantis est assurée par le maintien de la sûreté, il peut être souhaitable que le droit de l'insolvabilité donne au représentant de l'insolvabilité le choix entre la remise au créancier d'une sûreté de remplacement équivalente et le paiement de l'intégralité de la créance garantie.

78. Un autre moyen de protéger les intérêts des créanciers garantis est de préserver la valeur de la fraction garantie de la créance. Dès l'ouverture de la procédure, l'actif grevé fait l'objet d'une évaluation, sur la base de laquelle est déterminée la valeur de la fraction garantie de la créance. Cette valeur reste fixe pendant toute la procédure et, lors de la répartition consécutive à la liquidation, le créancier garanti bénéficie d'une créance de premier rang à hauteur de cette valeur. Durant la procédure, le créancier garanti pourrait également recevoir le taux d'intérêt contractuel sur la fraction garantie en compensation des retards imposés par la procédure. Le versement d'intérêts est limité, dans certaines législations sur l'insolvabilité, aux cas dans lesquels la valeur de la sûreté dépasse le montant de la créance, faute de quoi la compensation pour retard risque de réduire les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires.

79. S'il est bon de préserver les sûretés par divers moyens, les mesures prises à cette fin risquent d'être complexes et coûteuses et d'exiger du tribunal qu'il prenne des décisions commerciales difficiles sur la question de la protection appropriée. Lorsqu'une telle approche est adoptée, il peut être souhaitable que la législation sur l'insolvabilité énonce des principes directeurs permettant de déterminer quand et comment les créanciers détenant certains types de sûretés sur les actifs du débiteur seraient fondés à bénéficier des différentes mesures de protection décrites ci-dessus.

ii) Restitution de la sûreté

80. Dans la liquidation [et le redressement], il peut être nécessaire d'autoriser la restitution des actifs grevés au créancier garanti, lorsque la validité de la sûreté a été établie et que les actifs 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.

iii) Levée de la suspension

81. Dans la procédure de liquidation comme dans celle de redressement, il peut être indiqué, dans certains cas, de prévoir des exceptions, c'est-à-dire d'autoriser la levée de la suspension ou l'arrêt de son application, notamment lorsque la valeur de la sûreté détenue par le créancier n'est pas préservée, lorsqu'une telle protection n'est pas possible ou serait trop lourde pour la masse, ou encore lorsque la sûreté n'est pas nécessaire au redressement. Dans de tels cas, la loi sur l'insolvabilité pourrait autoriser le créancier garanti à demander la levée de la suspension ou le représentant de l'insolvabilité à libérer la sûreté sans en demander l'autorisation au tribunal.

82. Si les dispositions relatives à la levée de la suspension visent principalement les intérêts des créanciers garantis, certaines législations sur l'insolvabilité prévoient que la levée peut être accordée à un créancier chirographaire, par exemple, pour qu'une décision puisse être rendue dans un autre for lorsque la procédure judiciaire y est déjà bien avancée et qu'il serait utile de la mener à terme ou encore pour qu'une action contre un assureur du débiteur puisse être poursuivie.

g) Restrictions à la disposition des actifs par le débiteur

83. 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 la mesure dans laquelle le débiteur et le représentant de l'insolvabilité peuvent disposer des actifs de la masse. Cette question est traitée dans les sections ci-après consacrées au traitement des contrats, aux droits et obligations du débiteur ainsi qu'aux droits et obligations du représentant de l'insolvabilité.

2. Protection de la masse de l'insolvabilité – résumé et recommandations

1) Les dispositions relatives à la protection de la masse de l'insolvabilité ont pour objet:

a) de prévoir un mécanisme, par exemple la suspension des poursuites, qui empêchera que les actions des diverses parties intéressées ne réduisent la valeur de la masse;

- b) de déterminer les types d'actions auxquelles doit s'appliquer la suspension;
- c) de déterminer à quelles parties s'appliquera la suspension et dans quelles conditions, notamment comment, à partir de quand et pour quelle durée;
- d) [...].

Variante 1 – Application discrétionnaire de la suspension

- 2) Tant dans la procédure de liquidation que dans celle de redressement, le tribunal peut, à la demande d'une partie intéressée, préserver les intérêts des créanciers et d'autres personnes en rendant des ordonnances appropriées indiquant quelles actions engagées contre le débiteur doivent être suspendues. La suspension pourrait être appliquée, à la discrétion du tribunal, à la fois aux créanciers chirographaires et aux créanciers garantis, ou encore de manière discrétionnaire aux créanciers garantis et de manière automatique aux créanciers chirographaires.
- 3) En cas d'application discrétionnaire de la suspension, il peut être nécessaire de prévoir, dans le droit de l'insolvabilité, des mesures visant à encourager le recours à des négociations avant l'ouverture de la procédure afin d'obtenir le meilleur résultat pour tous les créanciers.

Variante 2 – Application automatique de la suspension

Liquidation

- 2) Une suspension prendrait [automatiquement] effet à l'égard des créanciers garantis et des créanciers chirographaires:
 - a) lorsque la demande est présentée par le débiteur, dès [le dépôt de cette demande] [l'ouverture de la procédure];
 - b) lorsque la demande est présentée par un ou plusieurs créanciers, dès [le dépôt de cette demande] [l'ouverture de la procédure].
- 3) Lorsque la suspension s'applique dès l'ouverture de la procédure, le tribunal peut, à la demande d'une partie intéressée, préserver les intérêts des créanciers et d'autres personnes en rendant les ordonnances provisoires appropriées. Le tribunal peut notamment ordonner: [...].
- 4) Une suspension applicable aux créanciers chirographaires devrait durer pendant toute la procédure de liquidation.
- 5) Lorsque la suspension prend effet dès le dépôt de la demande, le tribunal peut ordonner, à l'ouverture de la procédure, que cette suspension s'applique aux créanciers garantis pendant une période de [30 à 60 jours]. À l'expiration de cette période, le représentant de l'insolvabilité peut demander que la suspension soit prorogée pour une période de [... jours] à condition de démontrer que cette prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs au profit de tous les créanciers et que les créanciers garantis ne subiront pas un préjudice déraisonnable.
- 6) Un créancier garanti peut demander au tribunal la levée de la suspension s'il est en mesure de démontrer qu'il a subi un grave préjudice (par exemple, la valeur économique de la sûreté n'est pas protégée de manière appropriée). Un représentant de l'insolvabilité peut libérer la sûreté lorsqu'il établit que la protection de la valeur

de cette dernière n'est pas possible ou constituera une charge trop lourde pour la procédure d'insolvabilité; que les actifs grevés sont sans valeur pour la masse ou ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable; et que la sûreté n'est pas essentielle à la vente de l'ensemble de l'entreprise.

Redressement

7) Les considérations liées à la date de prise d'effet de la suspension sont les mêmes pour le redressement que pour la liquidation.

8) Lorsque la suspension prend effet dès le dépôt de la demande, elle continuerait de s'appliquer automatiquement après l'ouverture de la procédure et ne serait pas laissée à la discrétion du tribunal, sauf lorsqu'il s'agit de la lever pour certains créanciers.

9) La suspension devrait s'appliquer également aux créanciers garantis et aux créanciers chirographaires, sous réserve de mainlevée et [pendant la durée de la procédure] [pendant la durée qui est raisonnablement nécessaire pour l'approbation du plan de redressement].

10) Un créancier garanti peut demander la levée de la suspension s'il est en mesure de démontrer qu'il a subi un grave préjudice (par exemple, la valeur économique de la sûreté n'est pas protégée de manière appropriée). La suspension peut cesser de s'appliquer lorsque le représentant de l'insolvabilité établit que la protection de la valeur de la sûreté n'est pas possible ou constituera une charge trop lourde; que les actifs grevés sont sans valeur pour la masse ou ne peuvent être réalisés dans un délai raisonnable; ou encore que la sûreté n'est pas nécessaire à la procédure de redressement.

11) Lorsque la suspension s'applique aux créanciers garantis, le droit de l'insolvabilité devrait prévoir des mesures particulières relatives à la protection de leurs sûretés.

C. Traitement des contrats

1. Remarques générales

84. À l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, le débiteur sera inévitablement partie à au moins un contrat qui n'a pas encore été entièrement exécuté par l'une ou l'autre partie, voire les deux.

85. Aucune règle spéciale n'est nécessaire dans le cas où une partie s'est pleinement acquittée de ses obligations. Si c'est le débiteur qui n'a pas pleinement ou pas du tout exécuté ses obligations, la demande d'exécution ou de dommages-intérêts du cocontractant devra logiquement être présentée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Si c'est le cocontractant qui n'a pas pleinement ou pas du tout exécuté ses obligations, le représentant de l'insolvabilité pourra lui demander l'exécution ou le versement de dommages-intérêts. Lorsque les deux parties n'ont pas pleinement ou pas du tout exécuté leurs obligations, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut intervenir sur les contrats, en décidant soit de les dénoncer et de les résilier, soit de les continuer (et éventuellement de les céder par la suite). Il est souhaitable que le représentant de

l'insolvabilité [la masse] soit tenu(e) de payer toute prestation reçue au titre du contrat jusqu'à ce que soit décidée la continuation ou la résiliation de ce dernier.

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

87. Afin de maximiser la valeur des actifs de la masse, de réduire les engagements et, dans le cas d'un redressement, de permettre à l'entité 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 et de dénoncer ceux qui sont trop lourds à gérer ou qui coûtent plus qu'ils ne rapportent. Par exemple, dans le cas d'un contrat prévoyant l'achat par le débiteur d'une marchandise particulière à un prix égal à la moitié du prix du marché au moment de l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité aurait évidemment avantage à continuer 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, dans de nombreux systèmes, il n'y sera pas autorisé, bien qu'il puisse être fondé à recevoir l'assurance que le prix du contrat lui sera payé intégralement.

88. Il faut peut-être néanmoins apprécier ces objectifs par rapport à plusieurs intérêts concurrents, tels que les préoccupations sociales liées à certains types de contrats – par exemple les contrats de travail (voir ...) – et l'effet de la faculté pour le représentant de l'insolvabilité de modifier les termes des contrats non exécutés sur la prévisibilité des relations commerciales et financières et sur le coût du crédit et l'offre de crédits (plus le pouvoir d'intervention du représentant de l'insolvabilité sur les contrats est étendu, plus le crédit risque d'être onéreux et difficile à obtenir). La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de résilier les contrats de travail, par exemple, peut être limitée si l'on craint que la liquidation ne soit utilisée comme moyen d'éliminer expressément la protection offerte aux salariés par ces contrats. D'autres catégories de contrats exigeant un traitement particulier sont notamment les opérations sur les marchés financiers (voir ...) et les contrats pour services personnels, dans lesquels l'identité de la partie exécutante, que ce soit le débiteur ou un employé du débiteur, revêt une importance particulière. À cet égard, une question connexe est de savoir dans quels cas un représentant de l'insolvabilité peut modifier les termes des contrats exigeant un traitement particulier.

89. 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. Une solution commune est d'énoncer des règles générales pour toutes les catégories de contrats, puis des exceptions pour certains contrats particuliers, comme cela est indiqué ci-dessous.

90. En cas de faillite, les contrats se répartissent en deux catégories: les contrats conclus par le débiteur avant l'insolvabilité et les contrats conclus après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Pour les premiers (contrats conclus avant l'insolvabilité), l'inexécution donne naissance, dans de nombreuses législations, à une créance non garantie généralement payée sur une base proportionnelle, tandis que pour les seconds (contrats conclus après l'ouverture de la procédure), elle donne habituellement lieu à une créance de premier rang sur les fonds disponibles, qui de ce fait est payée dans son intégralité en tant que frais d'administration de l'insolvabilité (voir sous "Ordre à établir aux fins de la répartition"). Cette distinction s'efface lorsque le représentant de l'insolvabilité cherche à exécuter un contrat conclu avant l'insolvabilité après avoir établi que les bénéfices nets seront supérieurs en cas d'exécution qu'en cas d'inexécution. S'il opte pour la continuation, il fait effectivement sien le contrat conclu par le débiteur et, dans de nombreuses législations, toute inexécution ultérieure donnera également naissance à une créance de premier rang considérée comme frais d'administration.

91. Quelles que soient les règles adoptées en ce qui concerne la continuation et la résiliation, il est souhaitable que tout droit de poursuivre ou de résilier un contrat soit limité au contrat dans son ensemble, de manière à éviter que le représentant de l'insolvabilité puisse choisir de continuer certaines parties du contrat et d'en résilier d'autres.

a) Continuation

92. La question de la continuation des contrats est traitée différemment selon les lois sur l'insolvabilité. Certaines d'entre elles exigent que le représentant de l'insolvabilité prenne une décision concernant la continuation dans un certain délai, faute de quoi le contrat est réputé résilié. Dans d'autres lois, 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 que le droit de l'insolvabilité ne prévoit expressément l'application d'autres règles, comme la résiliation et l'annulation des clauses de résiliation automatique (voir ci-après).

93. Les contrats continués sont traités comme des obligations courantes dont l'entité insolvable doit s'acquitter et toutes les obligations contractuelles de la masse deviennent des obligations postérieures à l'ouverture de la procédure. En cas de défaut d'exécution du débiteur au moment où est demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la question de fond est de savoir s'il est équitable d'obliger le cocontractant à continuer de traiter avec un débiteur insolvable lorsqu'il y a déjà eu manquement avant l'insolvabilité. Certaines législations sur l'insolvabilité prévoient que les contrats peuvent être continués à condition que le représentant de l'insolvabilité répare tout défaut d'exécution et donne l'assurance que le contrat sera exécuté à l'avenir en fournissant, par exemple, un cautionnement ou une garantie.

94. Les créances nées de l'exécution du contrat après l'ouverture de la procédure sont considérées, dans un certain nombre de législations, comme des frais d'administration (voir ...) et se voient accorder la priorité au moment de la répartition. Du fait que l'octroi de cette priorité constitue un risque potentiel pour les autres créanciers (qui seront payés après les créanciers prioritaires), il est souhaitable de ne continuer que les contrats qui seront rentables et ceux qui sont essentiels à la poursuite des activités du débiteur. En cas de rupture par le représentant de l'insolvabilité d'un contrat qui a été continué, la partie ayant subi un préjudice en raison de cette rupture pourra être fondée à se prévaloir des droits et recours prévus dans le contrat conformément au droit commun et à recevoir des dommages-intérêts, qui pourraient également être considérés comme des frais d'administration (à la différence d'une créance non garantie).

i) Redressement

95. Dans le cas d'un redressement, dont l'objectif est de permettre à l'entité de survivre et de poursuivre ses activités dans la mesure du possible, la faculté de continuer des contrats qui sont rentables pour l'entreprise et augmentent la valeur de la masse peut être cruciale.

96. De nombreux contrats contiennent une clause prévoyant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité constitue un défaut d'exécution donnant au cocontractant le droit inconditionnel de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée ou quelque autre droit. Certaines législations consacrent de telles clauses: le représentant de l'insolvabilité pourra poursuivre le contrat uniquement si le cocontractant ne choisit pas, ou peut être convaincu de ne pas choisir, de résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée. Là où le cocontractant a la faculté de résilier le contrat, la loi sur l'insolvabilité peut prévoir un mécanisme qui peut être utilisé pour le convaincre de continuer le contrat, par exemple en disposant qu'il sera payé en priorité pour les services fournis après l'ouverture de la procédure (dans certaines législations, 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 ayant priorité sur les actifs non grevés).

97. L'approche consistant à faire respecter les clauses de résiliation trouve de nombreuses justifications: le fait qu'il est souhaitable que les engagements commerciaux soient honorés; la nécessité d'empêcher le débiteur d'exécuter exclusivement les contrats rentables et d'annuler les autres (avantage dont ne dispose pas le cocontractant innocent); l'effet de l'annulation de ces clauses sur la compensation globale; l'idée qu'une entreprise insolvable ne sera généralement pas en mesure de payer, si bien que le fait de retarder la résiliation des contrats risque seulement d'accroître l'encours de ses dettes; la nécessité pour les créateurs de propriété intellectuelle de contrôler l'utilisation de cette dernière; l'effet sur les activités du cocontractant de la résiliation d'un contrat en ce qui concerne les biens incorporels en général; et le fait qu'il est inopportun de contraindre le cocontractant 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.

98. Suivant une deuxième approche, le représentant de l'insolvabilité peut continuer le contrat malgré les objections du cocontractant. En d'autres termes, toute clause prévoyant qu'un quelconque défaut d'exécution consécutif à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ouvre au cocontractant le droit de

résilier le contrat ou d'en exiger l'exécution anticipée est annulée par le seul effet de la loi. L'annulation des clauses de résiliation et d'exécution anticipée dans une procédure de redressement peut être essentielle au succès de cette dernière lorsque, par exemple, le contrat porte sur la location de biens indispensables ou sur l'utilisation de droits de propriété intellectuelle associée à un produit. Elle peut également permettre d'accroître le potentiel de gains de l'entreprise; de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel; et de tirer parti, pour les créanciers, de la valeur des contrats du débiteur. 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 avant que soit demandée l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (en invoquant un défaut d'inexécution du débiteur autre que celui consécutif à 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 aient été remplies.

99. Bien que des dispositions autorisant l'annulation des clauses de résiliation aient été introduites dans certains pays, de telles dispositions ne sont pas encore de règle dans le droit de l'insolvabilité. Il y a inévitablement des tensions entre le désir de favoriser la survie de l'entreprise débitrice, ce qui exige de préserver les contrats, et la crainte de générer l'incertitude et des frais supplémentaires dans les opérations commerciales en créant de multiples exceptions aux règles générales. Même si la question mérite de bien peser le pour et le contre, il est des cas où la faculté pour le représentant de l'insolvabilité de poursuivre des contrats sera essentielle à la conduite et au succès de la procédure de redressement, et dans une moindre mesure peut-être, de la procédure de liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en tant qu'entreprise viable. On peut contrebalancer les effets négatifs de l'autorisation de l'annulation des clauses de résiliation en prévoyant le dédommagement des créanciers pouvant démontrer qu'ils ont subi un préjudice ou une perte en raison de la continuation du contrat.

ii) Liquidation

100. La continuation des contrats est peut-être moins nécessaire dans le cas d'une liquidation que dans celui d'un redressement, sauf lorsque le contrat est susceptible d'accroître la valeur de l'entreprise ou d'un actif particulier ou de faciliter la vente de cette dernière en tant qu'entreprise viable. Un contrat de location, par exemple, dans lequel le loyer est inférieur au taux 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.

101. On pourrait invoquer, en faveur de l'annulation des clauses de résiliation dans le cadre de la liquidation, la nécessité de maintenir l'entreprise intacte pour maximiser sa valeur vénale ou accroître son potentiel de bénéfices; le besoin de tirer parti, pour 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. *[autres motifs?]*

iii) Exceptions

102. On distingue généralement deux catégories d'exceptions au pouvoir du représentant de l'insolvabilité de poursuivre des contrats. La première est celle où,

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

b) Résiliation

i) Liquidation

103. Pour les raisons examinées dans l'introduction ci-dessus, il est souhaitable qu'un représentant de l'insolvabilité ait le pouvoir de résilier un contrat dans lequel les deux parties n'ont pas intégralement exécuté leurs obligations.

104. On peut adopter différents mécanismes pour cette résiliation. Selon une première approche, le représentant de l'insolvabilité est tenu de prendre des dispositions pour résilier le contrat, par exemple en notifiant au cocontractant que le contrat va être résilié. Cette approche risque de ne pas assurer à la procédure la sécurité, la prévisibilité et l'efficacité voulues, si le représentant de l'insolvabilité n'agit pas rapidement pour résilier le contrat et s'il laisse la question en suspens pendant un certain temps. Elle risque aussi d'entraîner l'accumulation de dépenses inutiles (par exemple, la location de biens meubles ou immeubles par le débiteur peut entraîner des frais d'administration considérables si le contrat n'est pas rapidement résilié).

105. Suivant une seconde approche, le contrat peut être considéré comme automatiquement résilié si le représentant de l'insolvabilité ne choisit pas de le continuer dans un délai déterminé, lequel peut être plus long dans le cas du redressement que dans celui de la liquidation. Cette approche vise à assurer la sécurité aux deux parties. Elle exige que le représentant de l'insolvabilité prenne rapidement des dispositions concernant les contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure et offre, à l'autre partie, un certain degré de certitude quant à la continuation du contrat dans un délai raisonnable après l'ouverture de ladite procédure. *[autres motifs?]*

106. En cas de résiliation, le cocontractant est dispensé d'exécuter le reste du contrat, le seul problème délicat étant de calculer le montant du préjudice résultant de cette résiliation. Le cocontractant devient un créancier chirographaire titulaire d'une créance égale au montant du préjudice subi. Lorsqu'un contrat a été exécuté durant la procédure avant d'être résilié, le cocontractant peut détenir à la fois des créances nées de l'exécution pendant la période antérieure à la résiliation (qui seront éventuellement considérées comme des frais d'administration) et des créances en dommages-intérêts pour le préjudice découlant de la résiliation.

ii) Redressement

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

108. Toutefois, si l'on peut raisonnablement supposer, dans le cas d'une liquidation, que l'absence de décision de la part du représentant de l'insolvabilité implique très probablement une décision de résiliation, cette supposition n'est peut-être pas toujours valable dans le cas d'un redressement. Il est peut-être indiqué, dans le cas du redressement, d'autoriser le représentant de l'insolvabilité à prendre une décision concernant la résiliation jusqu'à l'approbation du plan de redressement, à condition que toute prestation reçue au titre du contrat soit payée et que le cocontractant ait la possibilité d'exiger une décision anticipée si cela est nécessaire ou s'il le souhaite. 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 résiliés lors de l'approbation du plan.

iii) Exceptions

109. Quelle que soit l'étendue des pouvoirs de résiliation conférés au représentant de l'insolvabilité, des exceptions peuvent être nécessaires pour certains contrats. Les contrats de travail constituent une exception majeure au pouvoir de résiliation (voir d) ci-dessous). Il pourrait être indiqué d'appliquer une limite similaire dans les cas où le débiteur est le bailleur ou franchiseur ou octroie une licence en propriété intellectuelle et où la résiliation mettrait fin ou nuirait gravement aux activités du cocontractant, en particulier si les avantages en découlant pour le débiteur sont relativement minimes. Lorsque le débiteur est locataire, il peut être souhaitable de fixer un plafond pour les dommages-intérêts (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 contrat de location à long terme ne soit pas disproportionnée par rapport à celles des autres créanciers. Les bailleurs peuvent généralement compenser leurs pertes en relouant le bien.

c) Cession

110. La faculté qu'a le représentant de l'insolvabilité de poursuivre et de céder des contrats en dépit de dispositions prévoyant la résiliation en cas d'insolvabilité ou de restrictions concernant les transferts stipulés dans le contrat peut être très avantageuse pour la masse et, partant, pour les bénéficiaires du produit réparti après la liquidation. Il peut aussi exister des cas, par exemple lorsque le prix de location figurant au contrat est inférieur au prix du marché, où la résiliation du contrat peut entraîner un gain exceptionnel pour le cocontractant. Si le contrat peut être poursuivi et cédé, c'est la masse de l'insolvabilité, et non le cocontractant, qui bénéficiera de la différence entre le prix figurant au contrat et le prix du marché.

111. Toutefois, cette faculté peut porter atteinte aux droits du cocontractant et soulever des questions de préjudice, surtout lorsque le cocontractant n'intervient que peu ou pas du tout dans le choix du cessionnaire. Cette question est traitée différemment selon les législations. Certaines législations sur l'insolvabilité spécifient que l'ouverture d'une procédure rend les clauses d'incessibilité nulles et non avenues. D'autres exigent l'accord du cocontractant ou de toutes les parties au contrat initial pour que le contrat puisse être cédé ou ménagent que, si le cocontractant n'accepte pas la cession, la possibilité pour le représentant de l'insolvabilité de céder le contrat avec l'autorisation du tribunal lorsqu'il peut être démontré que le cocontractant refuse de donner son consentement sans raison

valable. D'autres encore permettent la cession à condition que le représentant de l'insolvabilité démontre au cocontractant que le cessionnaire peut 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 du projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international. La dernière possibilité revêt, pour certains pays, une importance cruciale dans la procédure de liquidation, alors que, pour d'autres pays, elle est totalement étrangère et interdite.

112. Quels que soient les pouvoirs conférés au représentant de l'insolvabilité pour céder les contrats, certains ne peuvent être cédés parce qu'ils exigent l'exécution de services personnels irremplaçables ou parce que la cession est interdite par la loi. Ainsi, certains pays interdisent la cession de contrats de marché public.

d) Exceptions générales au pouvoir de poursuivre, résilier et céder des contrats

i) Contrats de travail

113. Les contrats de travail constituent une exception majeure s'ils sont particulièrement importants dans le redressement, mais ils le sont aussi dans la liquidation lorsque le représentant de l'insolvabilité tente de vendre l'entreprise en tant qu'entreprise viable. Il pourra en obtenir un meilleur prix s'il est en mesure de résilier des contrats de travail onéreux ou d'opérer les compressions d'effectifs nécessaires. Toutefois, la relation entre salariés et employeur soulève certains des problèmes les plus difficiles du droit de l'insolvabilité. N'entre pas en jeu simplement le contrat lui-même, qui est fondamentalement un contrat en cours comme n'importe quel autre, mais aussi les dispositions généralement contraignantes, étrangères au droit de l'insolvabilité, qui protègent les salariés. Ces dispositions peuvent porter, par exemple, sur les points suivants: rupture abusive du contrat de travail; 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 l'insolvabilité, dès lors qu'elles soulèvent des questions beaucoup plus larges que la résiliation du contrat et la priorité des créances monétaires. C'est pourquoi un certain nombre de pays ont adopté des régimes spéciaux pour la protection des créances des salariés en cas d'insolvabilité (voir "Créances des créanciers et leur traitement") et, 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 résilier les contrats de travail, par exemple à des cas bien déterminés comme celui d'une rémunération excessive par rapport à celle qui a normalement cours pour le même travail. Dans certains pays, la loi prévoit le maintien des salariés dans l'entreprise en cas de reprise de cette dernière en tant qu'entreprise viable, à la fois dans l'hypothèse d'une liquidation et dans celle d'un redressement, ou uniquement dans l'hypothèse d'un redressement.

114. Dans l'intérêt de la transparence du régime d'insolvabilité, il est souhaitable d'énoncer clairement dans la loi les limites imposées aux pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant ces types de contrat.

e) Renonciation à des actifs onéreux

115. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'outre son pouvoir de résilier des contrats, le représentant de l'insolvabilité a celui de renoncer à d'autres actifs de la masse lorsque ceux-ci sont grevés au point que les conserver exigerait des dépenses excessives, ou lorsqu'ils sont invendables ou difficilement vendables ou engendreraient une obligation onéreuse. Comme dans le cas de la résiliation d'un contrat, le droit à renonciation peut être accompagné d'une disposition concernant les demandes de dommages-intérêts pour préjudice subi du fait de la renonciation et de dispositions autorisant le transfert de la propriété de l'actif à une personne autre que le débiteur.

f) Compensation, compensation globale et contrats financiers¹

i) Compensation

116. L'une des questions importantes qui se posent lorsqu'est rédigée une législation sur l'insolvabilité est de savoir comment traiter un créancier qui, à la date de la demande d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, se trouve également être débiteur de la masse. Si le principe fondamental de l'égalité de traitement des créanciers qui se trouvent dans une situation analogue est appliqué, la solution est relativement simple: le représentant de l'insolvabilité pourra recevoir la totalité des sommes dues par le créancier, qui sera désintéressé lors de la liquidation de la masse. Cependant, une autre solution est de permettre au créancier, dans ces circonstances, de faire valoir ses droits à compensation à l'encontre de la masse une fois déposée la demande de liquidation, de sorte que, selon le montant de sa dette envers la masse, il sera ou non complètement désintéressé.

117. Il peut être indiqué de prévoir un droit de compensation dans la législation sur l'insolvabilité pour plusieurs raisons. La première tient à l'équité: nonobstant l'importance que revêt l'égalité de traitement des créanciers, on considère injuste qu'un débiteur refuse de payer un créancier alors même qu'il insiste pour que ce créancier le paie. En outre, nombre de cocontractants étant des banques, le droit à compensation est particulièrement avantageux pour le secteur bancaire, et est donc considéré, en raison du grand rôle qu'elles jouent dans la création du crédit, comme présentant un intérêt général pour l'économie. En raison de leurs fonctions essentielles (accorder des prêts et recevoir des dépôts), les banques qui ont consenti des prêts à un débiteur insolvable constatent souvent qu'elles ont envers ce débiteur des obligations financières sous forme de dépôts. La possibilité d'exercer un droit à compensation une fois la procédure ouverte doit permettre aux banques de compenser leurs créances non acquittées avec les dépôts du débiteur, même si ces créances réciproques ne sont pas encore exigibles. La compensation permet au créancier d'échapper aux difficultés que provoque l'insolvabilité du débiteur et contribue ainsi à éviter les effets en cascade de la faillite, ainsi qu'à réduire les risques et les coûts des opérations et, par voie de conséquence, le coût du crédit.

¹ Les informations figurant dans cette section sont largement reprises du document intitulé "Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces: Principales questions", Département juridique, Fonds monétaire international, 1999, p. 31 et 32 du document "Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems", Banque mondiale, avril 2001, par. 121 à 125.

118. L'autorisation de la compensation présente certes des avantages, mais il peut être nécessaire de tenir compte également de certains des arguments avancés à son encontre. Dans le cadre de l'insolvabilité, la compensation est une violation du principe *pari passu* car un créancier ayant un droit à compensation reçoit l'intégralité de sa créance. La compensation peut réduire à néant les actifs d'un débiteur et empêcher le redressement en particulier lorsque le débiteur perd l'accès à ses comptes bancaires ou aux liquidités se trouvant sur ses comptes bancaires et [autres?].

119. La position internationale concernant la compensation est complexe. Un petit nombre de pays ne l'autorisent pas, sauf pour certaines opérations et pour les compensations sur compte courant. Quelques pays ont élargi les compensations d'opérations et adopté une législation sur la compensation globale qui s'applique uniquement à certains contrats. Parmi les pays qui autorisent traditionnellement la compensation, un petit nombre impose une suspension de la procédure de redressement, tout en permettant une exemption pour les contrats financiers. D'autres législations sur l'insolvabilité ne traitent pas la question de la compensation.

120. Sur un certain nombre de points importants il existe une interaction entre le droit à compensation et d'autres règles de l'insolvabilité. Par exemple, le droit qu'a un créancier de demander une compensation sera annulable si le moment où le crédit a été fourni au débiteur ou reçu par ce dernier tombe dans la période suspecte pertinente et si le débiteur était alors insolvable ou a été rendu insolvable par la compensation. Ce droit peut aussi être annulable lorsqu'il naît après la demande d'ouverture de la procédure. Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise de manière générale une dérogation aux clauses de résiliation, permettant ainsi au représentant de l'insolvabilité de poursuivre des contrats non exécutés, le créancier pourra exercer des droits à compensation sur les créances monétaires réciproques uniquement si le droit de passer outre à la clause de résiliation s'accompagne expressément du droit pour un créancier de résilier le contrat et du droit de compenser ces créances. Ceci est particulièrement important dans le contexte des opérations financières à court terme (voir ...).

ii) Contrats financiers et compensation globale

121. Selon la façon dont on y aborde les questions relatives au traitement des contrats et des droits à compensation, un régime d'insolvabilité peut devoir ou non prévoir des dispositions concernant certains types de contrats financiers à court terme, dont les contrats sur dérivés (swaps de monnaies ou de taux d'intérêt, par exemple). Les contrats-cadres, de plus en plus normalisés, qui régissent ces opérations particulières contiennent normalement des dispositions qui permettent à une partie, dès la déclaration de l'insolvabilité de l'autre partie, de procéder à la compensation globale (voir définitions) de ses profits et pertes et impayés au titre d'opérations distinctes. De telles clauses de compensation avec déchéance du terme (voir définitions), qui visent toutes les obligations de paiement indépendantes, ne sont d'ordinaire valables en cas d'insolvabilité de l'une des parties que si la législation sur l'insolvabilité permet, d'une part, la résiliation (ou "liquidation") de toutes les opérations en cours dans le cadre du contrat en cas d'insolvabilité d'une partie et, d'autre part, la compensation par la partie solvable de ses créances avec les obligations de la partie insolvable.

122. Dans un certain nombre de pays, la législation sur l'insolvabilité ne cumule pas ces deux règles. S'agissant de la résiliation, certains pays autorisent le représentant de l'insolvabilité à continuer le contrat en dépit des clauses de résiliation qu'il contient. S'agissant de la compensation, un certain nombre de pays n'autorisent pas celle des créances financières indépendantes non encore échues à l'ouverture de la procédure.

123. De nombreux pays où il n'existe pas de règles générales autorisant à la fois la résiliation et la compensation ont prévu des exceptions aux règles normalement applicables en matière d'insolvabilité afin spécifiquement de permettre la compensation globale avec déchéance du terme pour les contrats financiers. Ces exceptions sont justifiées par l'importance croissante de ce type d'opérations sur le marché financier mondial et par le fait que la possibilité d'y recourir se trouverait restreinte en l'absence de sécurité concernant la possibilité de compensation globale en cas d'insolvabilité de l'une des parties. Nonobstant ces importants avantages, on doit reconnaître que de telles exceptions rendent la loi plus complexe et aboutissent à accorder un traitement préférentiel à certaines catégories de créanciers.

2. Traitement des contrats – résumé et recommandations

- 1) L'objet des présentes dispositions est le suivant:
 - a) permettre au représentant de l'insolvabilité d'intervenir sur des contrats que le débiteur comme son cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés, afin de maximiser la valeur des actifs et de réduire le passif de la masse;
 - b) indiquer dans quelle mesure et dans quels cas le représentant de l'insolvabilité est habilité à intervenir sur des contrats;
 - c) identifier les contrats sur lesquels le représentant de l'insolvabilité ne devrait pas intervenir;
 - d) [...].
- 2) Le représentant de l'insolvabilité peut résilier les contrats qu'à la fois le débiteur et le cocontractant n'ont pas exécutés ou pas entièrement exécutés.
- 3) Deux approches peuvent être adoptées en ce qui concerne le moment auquel la résiliation peut prendre effet:
 - a) lorsque le représentant de l'insolvabilité la notifie [avantages et inconvénients découlant du paragraphe ... à inclure ici]; ou
 - b) automatiquement si le représentant de l'insolvabilité (ou le tribunal) n'a pas pris la décision de poursuivre le contrat dans un délai déterminé, lorsque ledit délai peut être prorogé ou réduit par le tribunal [avantages et inconvénients découlant du paragraphe ... à inclure ici].
- 4) La résiliation donne naissance à une créance non garantie pour le préjudice qui en découle.
- 5) Dans une procédure d'insolvabilité, le droit de résilier certaines catégories de contrats, y compris les contrats de travail, les contrats financiers et [...] devrait être limité. Les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité concernant ces contrats devraient être énoncés clairement dans la loi sur l'insolvabilité.

- 6) Le représentant de l'insolvabilité peut choisir de poursuivre les contrats qui seront avantageux pour l'entreprise et ajouteront de la valeur à la masse de l'insolvabilité, à l'exception des contrats financiers, des contrats qui ne peuvent être poursuivis parce qu'ils impliquent la fourniture par le débiteur de services personnels irremplaçables et [...]. Les dispositions relatives à la poursuite et à la cession devraient être accompagnées d'une disposition prévoyant l'indemnisation du cocontractant s'il a subi un préjudice découlant de la défaillance.
- 7) Lorsqu'une clause du contrat a pour effet d'entraîner la résiliation de celui-ci à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité:
 - a) la clause peut être considérée comme nulle et non avenue par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal; ou
 - b) la loi sur l'insolvabilité peut prévoir la nullité de cette clause; ou
 - c) la clause de résiliation automatique ne peut être invoquée comme moyen de défense contre la demande d'exécution du contrat faite par le représentant de l'insolvabilité.
- 8) Les contrats que le représentant de l'insolvabilité poursuit deviennent des obligations de la masse à compter de l'ouverture de la procédure.
- 9) Sauf pour ce qui est des contrats qui ne peuvent être cédés parce qu'ils exigent la fourniture de services personnels irremplaçables ou parce que la cession est interdite par la loi, le représentant de l'insolvabilité peut considérer qu'une clause d'incessibilité est nulle et céder un contrat poursuivi sous réserve de l'accord de toutes les parties au contrat initial.
- 10) Lorsque les parties ne donnent pas leur assentiment à la cession, le tribunal peut néanmoins approuver cette dernière si elle présente un avantage pour l'entreprise, si elle ajoute de la valeur à la masse de l'insolvabilité et s'il considère que le cessionnaire peut exécuter les obligations contractuelles.
- 11) Sauf pour ce qui est des catégories de contrats spéciaux sur lesquels il a des pouvoirs limités, le représentant de l'insolvabilité devrait être habilité à exercer ses pouvoirs en matière de résiliation, de poursuite et de cession des contrats sans avoir à obtenir l'approbation du tribunal ou des créanciers, étant entendu que cet exercice serait soumis au contrôle du tribunal à la demande d'une partie intéressée.

D. Actions en annulation

1. Remarques générales

124. Il peut s'écouler beaucoup de temps entre le moment où un débiteur se rend compte qu'il ne peut éviter une procédure d'insolvabilité (qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement) et celui où une telle procédure est ouverte. Pendant cette période, le débiteur a amplement la possibilité de tenter de dissimuler des actifs à ses créanciers, de souscrire des engagements fictifs, de consentir des libéralités à des parents et à des amis ou de payer certains créanciers à l'exclusion d'autres. Dans la perspective de la procédure d'insolvabilité qui s'ouvrira en définitive, de tels actes ont pour résultat de défavoriser l'ensemble des créanciers

chirographaires, qui n'ont pas été parties et ne bénéficient pas d'une sûreté, et de compromettre l'objectif de traitement équitable de tous les créanciers.

125. De nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire et annuler les opérations passées auxquelles le débiteur insolvable était partie et qui ont eu pour effet soit de réduire la valeur nette de l'entreprise (par exemple, le don d'actifs ou leur transfert ou leur vente à un prix inférieur à leur juste valeur marchande) ou d'enfreindre le principe d'une juste répartition entre les créanciers de la même catégorie (par exemple, le paiement d'une créance à un créancier non garanti ou l'octroi d'une sûreté à un créancier n'en étant pas muni par ailleurs alors que les autres créanciers chirographaires ne sont pas payés). Un des principaux objectifs des pouvoirs d'annulation est de faire en sorte que les créanciers reçoivent une juste part des actifs du débiteur insolvable conformément aux priorités établies pour les paiements. Nonobstant cet objectif, il est important de garder à l'esprit que de nombreuses opérations pouvant faire l'objet d'une annulation sont parfaitement normales et acceptables lorsqu'elles sont effectuées en dehors du contexte d'une insolvabilité, mais deviennent suspectes si elles coïncident avec l'imminence de l'ouverture d'une telle procédure.

126. Les règles en matière 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, les délais pertinents et la nature des opérations à inclure. Toutefois, les dispositions relatives à l'annulation peuvent être importantes pour le droit de l'insolvabilité non seulement parce que le principe général sur lequel elles sont fondées est rationnel mais aussi parce qu'elles peuvent permettre un recouvrement au profit de l'ensemble des créanciers, et que des clauses de cette nature contribuent à créer un code de conduite commerciale équitable et s'inscrivent dans le cadre d'un corpus de normes de nature à assurer la bonne gestion des entités commerciales.

127. Comme cela est le cas pour un certain nombre de dispositions essentielles d'une loi sur l'insolvabilité, il est souhaitable de parvenir à un équilibre, lorsqu'on élabore des dispositions concernant les pouvoirs d'annulation, entre des intérêts sociaux concurrents, tels que l'utilité de pouvoirs forts pour maximiser la valeur des actifs de la masse au profit de tous les créanciers et le risque de compromettre la prévisibilité et la sécurité contractuelles. Lorsque, dans ce dosage, une opération particulière se révèle préjudiciable, elle peut devenir juridiquement "annulable", c'est-à-dire sans effets sur le plan juridique, de sorte que les biens dont a disposé le débiteur, ou leur valeur, peuvent être recouverts par un représentant de l'insolvabilité au profit de l'ensemble des créanciers.

128. Différentes approches sont adoptées concernant la définition des opérations sujettes à annulation. L'une d'elles 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 une période déterminée antérieure à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (souvent appelée "période suspecte") ou si l'opération revêt l'une des caractéristiques générales prévues par la loi (par exemple, dispositions exigeant l'apport d'une contrepartie appropriée). Des critères généraux peuvent être simples à appliquer, mais ils peuvent aussi, si l'on s'en remet exclusivement à eux, aboutir à des résultats arbitraires, si bien que des opérations légitimes et utiles effectuées pendant la période spécifiée risquent d'être

annulées tandis que des opérations frauduleuses ou préférentielles non comprises dans cette période pourront être sauvegardées.

129. Une autre approche met l'accent sur l'application de critères subjectifs au cas par cas: par exemple, a-t-on la preuve que le débiteur avait l'intention de dissimuler des actifs aux créanciers? Était-il insolvable au moment où l'opération a été effectuée? Le cocontractant avait-il connaissance de l'insolvabilité? Il pourra être nécessaire, si l'on adopte cette approche, d'examiner de façon assez détaillée l'intention des parties à l'opération ainsi que ce qui constitue le cours normal des affaires entre elles. Dans certains pays, ce type d'approche a abouti à un grand nombre de litiges et entraîné des coûts importants pour la masse de l'insolvabilité. Afin d'éviter de tels coûts (voir ... ci-dessous), certaines lois prévoient une courte durée pour la période suspecte, par exemple trois à quatre mois, associée à une règle arbitraire qui veut que toutes les opérations effectuées pendant cette période soient suspectes sauf s'il y a eu échange plus ou moins simultané de contreparties entre les parties à l'opération.

130. Que la loi sur l'insolvabilité adopte l'une ou l'autre approche ou encore une solution intermédiaire visant à concilier les deux, il est généralement admis que des règles plus strictes doivent s'appliquer aux opérations liées avec des parties (à savoir des personnes qui ont une relation d'affaire ou un lien familial étroit avec le débiteur ou ses créanciers, celles-ci étant parfois appelées initiés). 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 insolvable.

a) Catégories d'opérations devant être annulables

131. Le terme "opération" est employé pour désigner généralement les nombreux moyens de disposer d'actifs, notamment le transfert, le paiement, la constitution d'une sûreté ou d'une garantie, la création d'une obligation, la conclusion d'un prêt, la renonciation d'un droit ou la libération d'une obligation.

132. On distingue dans la plupart des systèmes juridiques trois catégories courantes d'opérations annulables: les opérations visant à frauder les créanciers, les opérations à un prix sous-évalué et les opérations avec certains créanciers qui pourraient être considérées comme préférentielles. Certaines opérations peuvent revêtir les caractéristiques de plusieurs de ces catégories, selon les circonstances particulières de chaque contrat. Par exemple, des opérations qui semblent préférentielles peuvent relever davantage de la catégorie des opérations frauduleuses si elles ont lieu alors que l'insolvabilité du débiteur est imminente ou ne laissent pas au débiteur suffisamment d'actifs pour mener ses activités. De même, les opérations à un prix sous-évalué peuvent être préférentielles lorsqu'elles sont conclues avec des créanciers, mais non lorsqu'elles le sont avec des tiers. Pour la détermination des catégories d'opérations devant être annulées, la loi sur l'insolvabilité peut examiner plus particulièrement les conséquences de l'opération et la relation entre les parties concernées. Cette approche peut s'avérer utile lorsque, par exemple, les dirigeants de l'entité débitrice ont cherché à régler, pendant la période précédant l'ouverture de la procédure, tous les engagements qu'ils avaient personnellement garantis. Même si ces paiements peuvent sembler acceptables, il peut être nécessaire d'en étudier les effets.

133. Ces trois catégories d'opérations sont susceptibles d'annulation pour plusieurs raisons, à savoir: pour empêcher la fraude (par exemple, les opérations visant à dissimuler des actifs au profit ultérieur du débiteur ou encore des responsables, propriétaires ou dirigeants de l'entreprise débitrice); pour empêcher le favoritisme, lorsque le débiteur souhaite avantager certains créanciers aux dépens des autres; pour empêcher une baisse subite de la valeur de l'entité commerciale immédiatement avant qu'elle soit placée sous contrôle judiciaire; et pour favoriser le 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.

i) Opérations frauduleuses

134. Sont frauduleuses les opérations effectuées par la direction de l'entreprise du débiteur dans l'intention de faire échouer, d'entraver ou de retarder le recouvrement des créances par la soustraction des actifs et leur transfert à un tiers lorsque ce dernier avait connaissance de cette intention. Contrairement aux autres opérations examinées dans la présente section, on ne peut annuler automatiquement les opérations frauduleuses en se référant à une période suspecte déterminée en tant que critère objectif car il est nécessaire de prouver l'intention du débiteur. S'agissant de prouver l'intention dans la pratique, si le débiteur ne peut expliquer l'objectif commercial d'une opération particulière qui réduit la valeur de la masse, il peut être relativement facile de montrer que ladite opération est frauduleuse. Lors de l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité, il peut être bon, comme cela est indiqué ci-dessus, de ne pas perdre de vue que les opérations potentiellement frauduleuses au regard du droit sur l'insolvabilité sont souvent parfaitement valables en dehors de ce droit.

ii) Opérations à un prix sous-évalué

135. Des opérations peuvent être annulées lorsque la contrepartie reçue par le débiteur à l'occasion du transfert d'un actif à un tiers a été soit symbolique, soit nettement inférieure à la valeur réelle de l'actif ainsi transféré et lorsque l'opération a été effectuée pendant une période déterminée précédant l'ouverture de la procédure. Selon certaines lois, il faut aussi avoir constaté que le débiteur était insolvable au moment du transfert ou l'est devenu en raison de ce dernier. Entrent dans cette catégorie les opérations tant avec des créanciers qu'avec des tiers.

iii) Opérations préférentielles

136. Les opérations préférentielles sont susceptibles d'annulation lorsqu'elles ont été réalisées au titre d'une créance au cours d'une période déterminée généralement courte précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et qu'à leur issue, le créancier reçoit une part des actifs du débiteur supérieure à la proportion que lui attribue la loi. De nombreux pays exigent également une preuve de l'insolvabilité ou de l'imminence de l'insolvabilité au moment où l'opération a eu lieu. L'application des dispositions sur l'annulation à ces catégories d'opérations s'explique par le fait que, lorsque de telles opérations sont réalisées à une date très rapprochée de l'ouverture d'une procédure, il est probable que le débiteur soit insolvable. Celles-ci portent en outre atteinte au principe essentiel du traitement équitable des créanciers.

137. Peuvent entrer dans cette catégorie les opérations effectuées après le dépôt d'une demande de procédure, mais avant l'ouverture de cette dernière, à moins qu'elles n'aient été autorisées par les dispositions de la loi sur l'insolvabilité. Il peut être souhaitable de disposer, dans la loi sur l'insolvabilité, que ces opérations, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, sont considérées non pas comme annulables mais pour éviter les litiges. Bien que les dons puissent être, dans certains cas, totalement innocents et permis par la loi, ils peuvent aussi être déloyaux pour les créanciers et de ce fait annulables en tant qu'opérations frauduleuses, à un prix sous-évalué ou préférentielles. Une compensation, bien que n'étant pas annulable en tant que telle, 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 créant ainsi une préférence 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.

138. En réponse à une allégation d'opération préférentielle, il peut être démontré que l'opération, bien qu'apparemment irrégulière, était en fait compatible avec la pratique commerciale normale et, en particulier, 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 annulé même s'il intervient à une date proche de l'ouverture de la procédure, alors que le paiement d'une créance échue depuis longtemps pourrait l'être. Ce principe encourage les fournisseurs de marchandises et de services à continuer de traiter avec un débiteur qui peut rencontrer des difficultés financières passagères mais dont l'entreprise reste viable.

139. Les sûretés valables en vertu des lois autorisant l'octroi d'une sûreté aux créanciers peuvent être annulées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en tant qu'opérations frauduleuses, préférentielles ou à un prix sous-évalué. Par exemple, la constitution d'une sûreté immédiatement avant l'insolvabilité, bien que valable par ailleurs, peut être considérée comme ayant favorisé injustement un créancier au détriment des autres. Lorsqu'une sûreté peut être constituée sur la base d'une contrepartie antérieure ou d'une créance existante (ce que certains systèmes juridiques autorisent et d'autres non), elle peut également être frappée de nullité au motif qu'elle favorise injustement le créancier.

b) Établissement de la période suspecte

140. Certaines lois sur l'insolvabilité spécifient expressément la période suspecte (par exemple tant de jours ou de mois avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) pendant laquelle chacune de ces catégories d'opérations serait susceptible d'annulation. Dans d'autres lois, la période suspecte est définie rétrospectivement par le tribunal après l'ouverture de la procédure. Le tribunal fonde alors souvent sa décision sur le moment où le débiteur a cessé de payer ses dettes normalement ("cessation des paiements"). À cet égard, il s'agit de savoir si la période suspecte spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité peut être prorogée par le tribunal dans certains cas, par exemple lorsque les opérations réalisées en dehors de ladite période 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 relatives à l'annulation, il peut aussi retarder la procédure et ne permet pas aux créanciers de savoir de manière claire et certaine quels types d'opérations sont susceptibles d'annulation. Si des opérations peuvent être dénouées à la discrétion du tribunal lorsqu'elles ont eu 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.

141. Certains systèmes peuvent avoir une période suspecte unique pour toutes les catégories d'opérations annulables, tandis que d'autres ont des périodes différentes en fonction de facteurs tels que le caractère intentionnel (autrement dit frauduleux) du préjudice causé aux créanciers, la qualité d'initié du bénéficiaire (personne ayant une relation d'affaire ou un lien familial étroit avec le débiteur ou ses créanciers). Du fait que les opérations frauduleuses supposent une conduite intentionnellement illicite, de nombreuses lois sur l'insolvabilité ne limitent pas la période pendant laquelle ces opérations doivent avoir eu lieu pour être annulées. D'autres prévoient une période suspecte très longue (de un à six ans par exemple), à compter de la date d'ouverture de la procédure.

142. Lorsque des opérations préférentielles ou à un prix sous-évalué mettent en cause des créanciers qui ne sont pas des initiés, la période suspecte peut être relativement brève et ne pas dépasser quelques mois par exemple. Toutefois, lorsque des initiés sont en cause, de nombreux pays appliquent des règles plus strictes, qui peuvent prévoir notamment la fixation de périodes suspectes plus longues, un renversement de la charge de la preuve et la suppression de la condition selon laquelle le débiteur doit être insolvable au moment de l'opération ou le devenir à la suite de cette dernière.

c) Responsabilité des autres parties à une opération annulée

143. Pour chaque type d'opération, se pose la question de savoir si le cocontractant peut être exonéré de toute responsabilité et si l'annulation de l'opération est souhaitable. Une telle décision peut, dans chaque cas, dépendre de divers facteurs et il faudra trouver un équilibre entre, d'une part, la nécessité d'appliquer un traitement équitable aux parties innocentes et, d'autre part, les difficultés de prouver la motivation et la connaissance de la situation ainsi que le préjudice occasionné aux créanciers, quel qu'ait été l'état d'esprit du cocontractant.

144. Dans le cas d'opérations frauduleuses, par exemple, il sera tenu compte de la mesure dans laquelle le cocontractant a payé une valeur adéquate et avait connaissance de l'intention réelle du débiteur de frauder les créanciers. Dans le cas d'opérations à un prix sous-évalué, il s'agira de savoir si le cocontractant était ou non un initié et avait connaissance de l'insolvabilité effective ou imminente, ou si le débiteur risquait de devenir insolvable du fait de cette opération. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent des moyens de défense, comme le fait que le cocontractant ait fourni une contrepartie et n'ait pas eu connaissance de faits cruciaux, tandis que d'autres exigent la restitution de l'actif que le cocontractant ait ou non effectivement fourni une contrepartie, tout en prévoyant néanmoins une certaine protection.

145. Dans le cas d'opérations préférentielles, différentes approches peuvent être adoptées. Selon l'une d'elles, lorsque le créancier a agi de bonne foi et ne savait pas

que le débiteur était insolvable au moment de l'opération ou l'est devenu du fait de cette dernière, il n'est pas tenu responsable et l'opération n'est pas annulée. Une autre approche aboutit au même résultat lorsque l'opération a eu lieu à peu près en même temps que la création de la créance, a été suivie de la fourniture d'une contrepartie, ou a eu lieu dans le cours normal des activités.

146. Lorsque des initiés sont en cause, on peut adopter des règles plus strictes et limiter leur faculté de faire valoir leurs droits dans le cadre de la procédure ou encore subordonner leurs créances à toutes les autres.

d) Opérations nulles et annulables

147. Lorsqu'une opération entre dans l'une quelconque de ces catégories, elle sera, en vertu des lois relatives à l'insolvabilité, soit nulle de plein droit, soit annulable, en fonction du critère adopté pour chaque catégorie. Par exemple, lorsque la loi ne vise que les opérations ayant lieu pendant une période déterminée sans fixer de critère subjectif, elle peut prévoir que ces opérations seront nulles. Toutefois, même si l'opération est nulle, il se peut que le représentant de l'insolvabilité doit intenter une action pour récupérer les actifs auprès du cocontractant.

148. Dans les lois où l'opération est annulable, le représentant de l'insolvabilité est tenu de déterminer si l'annulation profitera à la masse, compte tenu des éléments de chaque catégorie d'opération annulable ainsi que du délai 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 des actifs de la masse, la responsabilité du représentant de l'insolvabilité pouvant être engagée s'il ne le fait pas.

149. Si le représentant de l'insolvabilité n'intente pas d'action en annulation pour certaines opérations, les lois relatives à l'insolvabilité adoptent différentes solutions concernant la conduite des actions en annulation et les modalités possibles de financement lorsque les actifs de la masse sont insuffisants. S'agissant de la conduite des actions, certaines lois autorisent un créancier ou le comité des créanciers à agir pour obliger le représentant de l'insolvabilité à engager une action en annulation lorsqu'il apparaît qu'une telle action profiterait à la masse. D'autres lois autorisent également un créancier ou le comité des créanciers à engager cette action, lorsque les autres créanciers sont d'accord. Lorsque ce type d'action est autorisé, certaines lois disposent alors que les actifs ou la valeur récupérés par le créancier entrent dans la masse; d'autres prévoient que tout ce qui est récupéré peut être utilisé tout d'abord pour désintéresser le créancier ayant engagé l'action.

150. En ce qui concerne les modalités possibles de financement, certains pays allouent des fonds publics au représentant de l'insolvabilité pour qu'il engage l'action en annulation. Dans d'autres, ces actions doivent être financées sur la masse de l'insolvabilité, ce qui peut avoir pour effet d'empêcher la récupération des actifs qui ont été soustraits précisément pour qu'il n'en reste pas suffisamment pour financer de telles actions. Certaines lois autorisent le représentant de l'insolvabilité à céder l'action à titre onéreux à un tiers ou à demander à un prêteur de lui avancer des fonds pour engager l'action. Le recours à ces mécanismes se justifie par le fait que la disponibilité de ressources publiques aux fins du financement d'actions en annulation diffère considérablement d'un pays à un autre. En outre, lorsque de telles actions ne peuvent être financées par des actifs de la masse, ces mécanismes

peuvent constituer, dans des cas appropriés, un moyen efficace de rétablir la valeur de ladite masse.

e) Questions relatives à la charge de la preuve

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

2. Annulation – résumé et recommandations

1) Les dispositions relatives à l'annulation ont pour objet:

a) d'énoncer les circonstances dans lesquelles certaines opérations antérieures à la procédure d'insolvabilité dont fait l'objet le débiteur peuvent être considérées comme préjudiciables aux créanciers parce qu'elles étaient frauduleuses ou portaient atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers;

b) de permettre au représentant de l'insolvabilité d'engager une action pour faire annuler ces opérations;

c) de permettre le recouvrement de sommes d'argent ou d'actifs auprès d'autres personnes parties à des opérations qui ont été annulées; et

d) de permettre que les obligations du débiteur découlant d'opérations annulées soient déclarées inexécutables.

Variante 1

2) Le représentant de l'insolvabilité peut engager une action en justice pour faire annuler:

a) les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances, par les créanciers [quelle que soit la date à laquelle ces opérations ont eu lieu] [lorsque l'opération a eu lieu dans les [...] années qui précèdent immédiatement l'ouverture de la procédure];

b) les opérations à un prix sous-évalué qui ont eu lieu dans les [...] [mois] [années] précédant immédiatement l'ouverture de la procédure [à un moment où le débiteur était insolvable ou qui ont rendu ce dernier insolvable];

c) les opérations préférentielles avec des créanciers qui ont eu lieu dans les [...] mois précédant immédiatement l'ouverture de la procédure [à un moment où le débiteur était insolvable ou qui ont rendu ce dernier insolvable];

d) les opérations à un prix sous-évalué avec des personnes ayant un lien avec le débiteur ou les opérations préférentielles avec des créanciers initiés qui ont

eu lieu dans les [...] [mois] [années] précédant immédiatement l'ouverture de la procédure [à un moment où le débiteur était insolvable ou qui ont rendu ce dernier insolvable].

Variante 2

- 2) Une autre solution serait de prévoir que les opérations à un prix sous-évalué comme les opérations préférentielles pourraient être automatiquement annulées par référence uniquement à une période suspecte déterminée.
- 3) Les périodes mentionnées au point 2 peuvent être prorogées par le tribunal.
- 4) Une loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour justifier l'annulation ainsi que les moyens de défense possibles contre cette action.
- 5) S'agissant des opérations frauduleuses, deux approches sont possibles:
 - a) le représentant de l'insolvabilité est en mesure d'établir l'intention véritable du débiteur au moyen d'indices extérieurs, de faits objectifs ou d'autres éléments de preuve indirecte; ou
 - b) le cocontractant est tenu d'établir la bonne foi du débiteur.
- 6) Une loi sur l'insolvabilité peut prévoir d'autres solutions dans les cas où le représentant de l'insolvabilité n'engage pas d'action en annulation. Elle peut notamment autoriser les créanciers ou le comité des créanciers à engager l'action ou [autres mesures à inclure].
- 7) Les opérations ayant lieu après l'ouverture de la procédure devraient être nulles sauf si elles sont autorisées par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal et si les actifs sont transférés sous réserve qu'ils puissent être récupérés.

IV. Administration de la procédure

A. Droits et obligations du débiteur

1. Remarques générales

a) Contrôle de la gestion de l'entreprise débitrice

i) Liquidation

152. Une fois la procédure de liquidation ouverte, la conservation de la masse nécessite des mesures globales visant à protéger celle-ci non seulement contre les actions des créanciers (voir ci-dessus ...), mais également contre l'entreprise débitrice ou ses dirigeants ou propriétaires². C'est pourquoi de nombreuses lois sur

² Étant donné que la loi sur l'insolvabilité vise les activités de différents types d'entités, qu'il s'agisse de personnes physiques, de sociétés en participation ou d'une autre forme de société, il convient de se demander à propos du maintien du débiteur dans ses fonctions quel sera le rôle des dirigeants ou des propriétaires de l'entreprise débitrice selon les circonstances. Pour plus de commodité, le Guide parle uniquement du "débiteur", ou de l'"entreprise débitrice", ces termes étant toutefois censés désigner la direction et les propriétaires de l'entreprise, le cas échéant.

l'insolvabilité dessaisissent le débiteur de tout droit de gérer ou d'exploiter l'affaire, un représentant de l'insolvabilité étant nommé pour assumer l'ensemble des responsabilités correspondantes y compris le cas échéant, le droit d'agir en justice au nom de la masse et de recevoir tous paiements destinés au débiteur. Lors de l'ouverture de la procédure de liquidation, toute mesure prise par le débiteur qui est préjudiciable à la masse serait normalement nulle.

153. Lorsqu'il est établi que le moyen le plus efficace de liquider la masse est de céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable, certaines législations prévoient que le représentant de l'insolvabilité doit superviser et contrôler l'ensemble des activités du débiteur, lequel est autorisé à accroître la valeur de la masse et à faciliter la vente des actifs en continuant d'exercer des fonctions et d'offrir ses conseils. Cette solution peut se justifier par le fait que le débiteur connaît bien son entreprise ainsi que le marché ou le secteur d'activités correspondant et qu'il entretient une relation suivie avec les créanciers. Dans cette solution, tout transfert des actifs du débiteur effectué après l'ouverture de la procédure et non autorisé par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal sera nul et les actifs ainsi transférés susceptibles d'être récupérés (voir ...). Le représentant de l'insolvabilité peut, en l'occurrence, être tenu responsable des actes illicites commis par le débiteur pendant la période où il exerce un contrôle sur l'entreprise.

ii) Redressement

154. S'agissant de la procédure de redressement, les avis sont partagés sur la question de savoir dans quelle mesure le dessaisissement du débiteur est la solution la plus appropriée et quel rôle le débiteur peut encore jouer. Le débiteur aura souvent une connaissance directe et intime des affaires de l'entreprise et du secteur d'activité dans lequel elle opère. Cette connaissance est particulièrement importante dans le cas des entreprises individuelles et des sociétés en participation de petite taille et peut justifier qu'on laisse la direction poursuivre les activités de l'entreprise et intervenir dans la prise de décisions à court terme en matière de gestion. Elle peut également permettre au représentant de l'insolvabilité d'exercer ses fonctions avec une compréhension plus directe et plus complète du fonctionnement de l'entreprise débitrice. Pour des raisons analogues, le débiteur est souvent bien placé pour proposer un plan de redressement susceptible d'être approuvé par les créanciers et le tribunal. En pareils cas, son dessaisissement total, indépendamment de sa part de responsabilité dans les difficultés financières de l'entreprise, non seulement peut décourager l'esprit d'entreprise et la prise de risques et dissuader les débiteurs d'engager une procédure de redressement à un stade précoce mais risque également de compromettre les chances de succès de ce type de procédure.

155. S'il est souhaitable que le débiteur continue de jouer un rôle, on doit peut-être aussi tenir compte d'un certain nombre d'inconvénients éventuels. Il se peut que les créanciers ne lui fassent pas confiance en raison de ses difficultés financières (et de la part de responsabilité que la direction peut avoir dans cette situation, confiance qui devra donc être rétablie si l'on veut redresser l'entreprise avec succès. Le fait de permettre au débiteur de continuer à gérer l'entreprise sans contrôle suffisant sur ses pouvoirs risque d'exacerber non seulement la méfiance mais également l'hostilité des créanciers. Un système perçu comme étant trop favorable au débiteur peut amener les créanciers à se désintéresser de la procédure et à refuser d'y participer, ce qui peut alors rendre difficile la surveillance de la conduite du débiteur lorsque la

loi sur l'insolvabilité exige que cette surveillance soit exercée par les créanciers. Il peut aussi favoriser les conflits dans la procédure d'insolvabilité, ce qui ne ferait qu'accroître les dépenses et les retards. Un débiteur peut avoir ses propres projets, qui sont incompatibles avec les objectifs du régime de l'insolvabilité et, en particulier, avec l'objectif de maximisation des bénéfices en faveur des créanciers. Pour réussir, la procédure de redressement peut exiger que l'on apporte des changements auxquels les dirigeants en place ne sont peut-être pas favorables et que ceux-ci aient les connaissances et l'expérience leur permettant d'utiliser la loi sur l'insolvabilité pour remédier aux difficultés financières de l'entreprise. Un autre facteur dont il faut tenir compte à cet égard est le caractère volontaire ou involontaire de la procédure (le débiteur pouvant se montrer dans le second cas hostile envers les créanciers).

156. Les législations sur l'insolvabilité adoptent différentes solutions pour concilier ces éléments antagoniques. L'une d'elles consiste à appliquer les mêmes règles que pour la liquidation, à savoir dessaisir entièrement le débiteur de la gestion de l'entreprise et remplacer celui-ci par le représentant de l'insolvabilité. Ce dessaisissement total peut néanmoins désorganiser l'entreprise et nuire à son fonctionnement à un stade critique de sa survie.

157. Une autre solution est de prévoir une répartition des fonctions entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, le second supervisant les activités du premier et approuvant les opérations importantes, tandis que le débiteur resterait chargé de la gestion de l'entreprise au jour le jour. Cette solution devra sans doute être étayée par des règles relativement précises pour clarifier la division des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur et déterminer avec certitude la façon dont le redressement sera opéré. Elle peut également s'appuyer sur une règle autorisant les créanciers à prendre les dispositions nécessaires pour que l'arrangement ainsi convenu soit dûment et rigoureusement appliqué. Toutefois, lorsque de tels pouvoirs sont conférés aux créanciers ou au comité des créanciers, il peut être nécessaire de prévoir des mesures pour prévenir les abus éventuels de créanciers cherchant à faire échouer la procédure de redressement ou à exercer une influence indue. On pourrait assurer la protection voulue en imposant, par exemple, un vote par une majorité appropriée de créanciers avant d'autoriser ceux-ci à prendre des dispositions pour être libérés de l'arrangement.

158. Lorsque cette solution est adoptée et qu'il est démontré que le débiteur a commis de graves fautes de gestion ou a détourné des actifs ou encore que le redressement n'est plus un objectif réaliste, il peut être souhaitable que le débiteur soit dessaisi par le tribunal, agissant d'office ou sur l'initiative du représentant de l'insolvabilité, voire des créanciers ou du comité des créanciers.

159. Une troisième solution est de permettre au débiteur de garder les rênes de son entreprise, le tribunal n'ayant donc pas à nommer un représentant indépendant lors de l'ouverture de la procédure (formule dite du "débiteur en possession"). Cette solution aurait l'avantage d'accroître les chances de réussite du redressement, si l'on peut s'en remettre au débiteur pour qu'il poursuive ses activités en toute honnêteté et obtienne la confiance et la coopération des créanciers. Elle peut toutefois comporter des inconvénients. Ainsi, la formule peut être utilisée dans des cas où le résultat risque manifestement d'être infructueux, autrement dit pour retarder l'inévitable si bien que les actifs de l'entreprise continuent d'être dispersés, avec le risque que la direction agisse de façon irresponsable, voire frauduleuse,

pendant la période où elle reste en place, compromettant ainsi les chances de redressement et portant atteinte à la confiance des créanciers. On peut aplanir ces difficultés en adoptant certaines mesures de protection, par exemple en nommant un représentant de l'insolvabilité pour surveiller le débiteur ou en mettant en place un mécanisme qui permette au tribunal (d'office ou à la demande des créanciers) de remplacer le débiteur par un représentant de l'insolvabilité ou de convertir la procédure en liquidation, tout en confiant aux créanciers un rôle suffisant dans la surveillance ou le contrôle du débiteur. Cela étant, il s'agit d'une solution complexe qui nécessite un examen approfondi non seulement parce qu'elle exige des règles de gestion strictes et des moyens institutionnels considérables mais aussi parce qu'elle a une incidence sur plusieurs autres aspects de la conception d'un régime d'insolvabilité.

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

161. Questions à examiner:

[A/CN.9/504, par. 94 – Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il serait souhaitable de faire une distinction entre, d'une part, la période s'écoulant entre l'engagement de la procédure et l'approbation du plan de redressement et, de l'autre, la période postérieure à cette approbation. On a estimé que, pour la première, il serait approprié que la législation énonce des règles précises et prévoie l'intervention d'un représentant indépendant, mais qu'une formule plus souple, faisant une place plus large à l'autonomie des parties, serait peut-être souhaitable pour la deuxième et pendant toute la durée d'exécution du plan de manière à accroître les chances de réussite.]

b) Communication de renseignements

162. Pour faciliter une évaluation détaillée et objective des activités du débiteur, en particulier de ses besoins immédiats de trésorerie, pour déterminer l'opportunité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, pour se rendre compte de la viabilité à long terme de l'entreprise et pour savoir si la direction est suffisamment compétente pour continuer à diriger l'entreprise, on aura généralement besoin de renseignements sur le débiteur, son actif et son passif, sa situation financière et ses affaires. Dans les deux types de procédure d'insolvabilité, mais surtout dans le cas d'un redressement, il est souhaitable pour permettre cette évaluation que le débiteur reste tenu de divulguer des informations détaillées au sujet de ses affaires commerciales et financières pendant une période relativement longue, et pas seulement pendant la période qui suit immédiatement l'ouverture de la procédure. Ces informations détaillées peuvent être: des projections des profits et pertes; le détail des flux de trésorerie; des renseignements sur la stratégie commerciale; les tendances dans le secteur d'activité considéré; ainsi qu'une description des causes de la situation financière du débiteur et la divulgation des opérations antérieures susceptibles d'être annulées conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation. Bien qu'il ne soit sans doute pas nécessaire de fournir, dans la loi sur l'insolvabilité, une liste exhaustive des informations à communiquer, cette solution permettrait de donner des indications

sur le type de renseignements souhaité. À cet égard, certaines lois prévoient des tableaux normalisés énumérant les différents éléments d'information requis. Ces tableaux doivent être remplis par le débiteur (sous peine de sanctions s'il fournit des informations fallacieuses ou mensongères) ou par une personne ou un administrateur indépendant.

163. Pour que les informations fournies puissent être utilisées aux différentes fins mentionnées, il faut qu'elles soient à jour, complètes, exactes et fiables; il est aussi souhaitable d'exiger qu'elles soient communiquées dès que possible après l'ouverture de la procédure. Si le débiteur peut respecter cette exigence, la confiance des créanciers dans son aptitude à continuer de gérer l'entreprise s'en trouvera renforcée.

164. Lorsque le débiteur n'est pas une personne physique, ce sont les responsables et d'autres personnes compétentes de l'entreprise débitrice qui peuvent fournir les informations au représentant de l'insolvabilité. Une autre solution consiste à exiger que le débiteur lui-même (lorsqu'il s'agit d'une personne physique) ou un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise débitrice se fassent représenter et prennent part à une réunion générale des créanciers pour répondre aux questions, sauf dans les cas où cela n'est matériellement pas possible, les intéressés ne se trouvant pas en un lieu où les réunions des créanciers peuvent se tenir.

165. Les renseignements requis sont souvent commercialement sensibles (comme les secrets professionnels) et il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité comporte des dispositions permettant de protéger les informations confidentielles pour éviter qu'elles ne soient utilisées de manière déloyale par les créanciers ou d'autres parties en mesure de les exploiter.

166. En cas de rétention d'information, il peut s'avérer nécessaire de prévoir un mécanisme qui oblige à communiquer les données pertinentes, tel que la "mise en examen" du débiteur par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité. Dans des cas plus graves de rétention de l'information, un certain nombre de pays appliquent des sanctions pénales.

167. Outre l'obligation expresse de fournir des renseignements, une loi sur l'insolvabilité peut faire obligation au débiteur de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider dans l'exercice de ses fonctions.

c) Droit d'être entendu

168. Afin de préserver ce qui, dans certains pays, est considéré comme un droit fondamental du débiteur et d'assurer à ce dernier un traitement équitable et impartial, mais également de faire en sorte qu'il ait confiance dans la procédure d'insolvabilité, il est souhaitable de lui donner 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. Ce droit est conforme aux dispositions d'accords internationaux et régionaux, telles que l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1976) et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

169. Lorsque l'exercice de ce droit risque d'entraîner des formalités et des frais susceptibles d'entraver le déroulement de la procédure sans être directement bénéfique au débiteur, il peut être bon de le limiter aux cas dans lesquels le débiteur se trouve affecté tant dans sa situation financière que dans ses droits personnels. Il

se peut par exemple, que lorsque le débiteur ne se trouve plus dans le pays où a lieu la procédure et qu'il ne donne pas suite ou refuse de donner suite à toutes les tentatives raisonnables du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal pour entrer en contact avec lui, l'obligation absolue de l'entendre entrave sérieusement le déroulement de la procédure, voire la rend impossible. S'il est sans doute souhaitable d'exiger que tous les efforts raisonnables soient faits pour autoriser le débiteur à être entendu, il faut peut-être aussi, dans la loi sur l'insolvabilité, faire en sorte que l'exercice de ce droit ne donne pas lieu à des abus pouvant compromettre la procédure.

d) Responsabilité du débiteur

170. Lorsque l'entreprise est solvable, les dirigeants sont généralement comptables en premier lieu à ses propriétaires et leurs relations avec les créanciers seront régies par les arrangements contractuels conclus entre eux. Mais lorsque l'entreprise devient insolvable, la situation change et les créanciers y deviennent financièrement de véritables parties prenantes, supportant tout risque de perte découlant de la poursuite des activités par le débiteur. La conduite des propriétaires et des dirigeants d'une entreprise est avant tout une question de droit et de politique générale extérieure au régime de l'insolvabilité. Il n'est pas souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité serve à combler des lacunes dans ce domaine de la réglementation ou à veiller à l'application des principes de bonne gestion, bien que certaines législations sur l'insolvabilité puissent exiger que la procédure d'insolvabilité soit ouverte à un stade précoce des difficultés financières (voir sous "Demande d'ouverture et ouverture de la procédure"). Si les actes antérieurs de personnes ayant un lien avec une entreprise insolvable ont causé un préjudice ou une perte aux créanciers (par exemple, en raison d'une fraude ou d'un comportement irresponsable), il peut être indiqué de prévoir, dans la loi sur l'insolvabilité, la possibilité d'une réparation, ce qui peut impliquer d'aborder la question des pouvoirs d'enquête et d'examen.

2. Droits et obligations du débiteur – résumé et recommandations

1) Les dispositions relatives aux droits et obligations du débiteur ont pour objet [...].

2) Dans une procédure de liquidation comme dans une procédure de redressement, le débiteur devrait avoir le droit [d'être entendu sur toute question concernant la procédure] [de participer à la prise de décisions] à condition que l'exercice de ce droit ne donne pas lieu à un abus de procédure risquant d'empêcher le déroulement rapide de cette dernière.

3) Dans une procédure de liquidation comme dans une procédure de redressement, les obligations du débiteur devraient être clairement spécifiées dans la loi. Elles pourraient être les suivantes:

a) obligation générale de coopérer avec le représentant de l'insolvabilité et de l'aider à s'acquitter de sa mission;

b) obligation de fournir au tribunal, au représentant de l'insolvabilité et, lorsqu'il y a lieu, au comité des créanciers des informations récentes, exactes et fiables sur sa situation financière et ses affaires en général.

4) Les informations devant être fournies par le débiteur seraient notamment les suivantes: [*état de l'actif et du passif; informations concernant les causes de sa situation financière et les opérations antérieures susceptibles d'être annulées en application des dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation et [...]*]. Des informations supplémentaires particulièrement utiles pour la procédure de redressement seraient notamment les suivantes: [*projections des profits et pertes, détail des flux de trésorerie, stratégie commerciale, tendances dans le secteur d'activité considéré*]. Ces informations devraient être fournies dès que possible après l'ouverture de la procédure.

5) Lorsque le débiteur ne fournit pas les informations nécessaires, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir d'autres mesures pour obtenir celles-ci, par exemple en faisant obligation au débiteur de soumettre ses actifs et son activité à un examen du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal.

6) Lorsque les informations fournies par le débiteur sont commercialement sensibles, la loi sur l'insolvabilité devrait inclure des règles de confidentialité pour les protéger.

7) Dans une procédure de liquidation, la gestion [de la masse de l'insolvabilité] [de l'entreprise débitrice] devrait être assurée par le représentant de l'insolvabilité. Lorsqu'il est établi que le moyen le plus efficace de liquider la masse est de céder l'entreprise en tant qu'entreprise viable, le représentant de l'insolvabilité devrait superviser l'activité de cette dernière, en avoir le contrôle général et pouvoir demander à ses dirigeants de l'aider dans la gestion des activités si cette aide est bénéfique à la procédure.

8) Dans une procédure de redressement, la gestion [de la masse de l'insolvabilité] [de l'entreprise] peut être assurée sur la base d'un arrangement de partage des tâches entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité, dans lequel ce dernier supervise [la masse] [l'entreprise], en a le contrôle général et approuve les opérations importantes, le débiteur continuant à gérer l'entreprise au jour le jour, mais ne pouvant pas disposer des actifs de la masse de l'insolvabilité ni contracter des obligations liant la masse. La loi sur l'insolvabilité devrait énoncer des règles précises sur la manière de répartir les tâches entre les parties à cet arrangement.

9) En cas d'arrangement instituant un partage des tâches entre le représentant de l'insolvabilité et le débiteur et lorsqu'il est démontré que le débiteur a commis de graves fautes de gestion ou a détourné des actifs ou encore que le redressement n'est plus un objectif réaliste, le débiteur pourrait être totalement dessaisi par le tribunal, agissant d'office ou sur l'initiative du représentant de l'insolvabilité, des créanciers ou du comité des créanciers, ou la procédure pourrait être convertie en une procédure de liquidation.

B. Droits et obligations du représentant de l'insolvabilité

1. Remarques générales

171. Les lois sur l'insolvabilité utilisent différents termes pour désigner la personne chargée d'administrer la procédure d'insolvabilité, notamment administrateur judiciaire, syndic de faillite, liquidateur, mandataire liquidateur, mandataire de justice, administrateur-séquestre, curateur ou encore commissaire. Dans le présent

Guide, le terme employé est “représentant de l’insolvabilité” afin de désigner cette personne au sens large sans faire de distinction entre les différentes fonctions qu’elle peut exercer. Le représentant de l’insolvabilité peut être une personne physique ou, dans certains pays, une société ou autre type de personne morale distincte. Qu’il soit nommé par des créanciers, le tribunal, une administration, un organisme public ou une autorité officielle ou encore le débiteur, le représentant de l’insolvabilité joue un rôle capital dans l’application de la loi sur l’insolvabilité, se voyant conférer certains pouvoirs sur le débiteur et ses actifs et ayant pour mission de préserver lesdits actifs et leur valeur et de veiller à ce que la loi soit appliquée avec efficacité et en toute impartialité.

172. Étant en principe celui qui dispose du plus grand nombre de renseignements sur la situation du débiteur, le représentant de l’insolvabilité est le mieux placé pour prendre des décisions en connaissance de cause sur la conduite de la procédure. Cela ne veut pas dire qu’il remplace le tribunal: il appartient généralement à ce dernier de trancher les litiges nés de la conduite de la procédure et, souvent, d’approuver plusieurs étapes de la procédure. Même dans les pays où le tribunal joue un rôle restreint dans les procédures d’insolvabilité, l’étendue des pouvoirs qui seraient normalement confiés au représentant de l’insolvabilité est limitée.

a) Fonctions devant être exercées par le représentant de l’insolvabilité

173. Les lois sur l’insolvabilité spécifient souvent les pouvoirs et les tâches qui seront confiés au représentant de l’insolvabilité concernant le débiteur et ses actifs. Ces tâches, dont certaines relèvent peut-être davantage de la liquidation que du redressement, seraient généralement les suivantes:

- i) représenter la masse de l’insolvabilité³;
- ii) avoir capacité exclusive pour agir en demande et en défense au nom de la masse de l’insolvabilité;
- iii) prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver et maintenir dans un état raisonnable tout actif compris dans la masse de l’insolvabilité;
- iv) inscrire les droits de la masse (lorsque l’inscription est nécessaire pour rendre ces droits opposables aux acquéreurs de bonne foi);
- v) engager les comptables, avocats, experts et autres spécialistes dont il peut avoir besoin pour l’aider à s’acquitter de sa mission;
- vi) entendre le débiteur et toute personne ayant traité avec ce dernier afin de déterminer la situation financière du débiteur et d’établir l’existence, l’emplacement, l’importance et l’état de tout actif qui, selon lui, devrait entrer dans la masse de l’insolvabilité;
- vii) demander au tribunal de prendre une ordonnance obligeant toute personne à remettre un actif compris dans la masse de l’insolvabilité ou empêchant toute personne de disposer d’un actif compris dans cette masse;
- viii) examiner et admettre les créances et établir un relevé des créances admises et des créances contestées;

³ Pour une définition du terme “masse de l’insolvabilité” dans le Guide, voir sous “Masse de l’insolvabilité” ainsi que le glossaire.

- ix) répondre aux demandes raisonnables d'informations concernant la masse de l'insolvabilité ou son administration, sauf restriction imposée par le tribunal;
- x) présenter au tribunal des rapports périodiques décrivant en détail la conduite de la procédure. Les rapports devraient contenir, par exemple, des précisions sur les actifs vendus pendant la période considérée, les prix obtenus, les frais de vente, ainsi que les informations que le tribunal pourra demander ou que le comité des créanciers pourra raisonnablement demander; les recettes et les paiements; les actifs restant à administrer;
- xi) assister aux réunions des créanciers et du comité des créanciers et faire rapport aux créanciers sur la gestion de la masse de l'insolvabilité. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier les éléments devant figurer dans ces rapports;
- xii) vendre les actifs compris dans la masse de l'insolvabilité au meilleur prix pouvant être raisonnablement obtenu sur le marché;
- xiii) liquider la masse de manière rapide, efficace et au mieux des intérêts des différentes parties concernées;
- xiv) présenter au tribunal un rapport et un compte finals concernant l'administration de la masse de l'insolvabilité.

b) Sélection et nomination du représentant de l'insolvabilité

174. Dans certains pays, le tribunal choisit, nomme et supervise le représentant de l'insolvabilité. Dans d'autres, un bureau ou un institut distinct sélectionne l'intéressé sur instruction du tribunal et assume des fonctions de tutelle sur tous les représentants de l'insolvabilité. Cette approche que les lois sur l'insolvabilité adoptent de plus en plus souvent, permet 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 cas – qu'il s'agisse de la nature des activités commerciales ou autres du débiteur; du type d'actifs; du marché sur lequel l'entreprise débitrice exerce ou a exercé ses activités; des connaissances spéciales nécessaires pour comprendre les affaires du débiteur; ou d'autres aspects particuliers. Une troisième approche consiste à laisser les créanciers intervenir en recommandant et en sélectionnant le représentant de l'insolvabilité à nommer, à condition que cette personne ait les qualifications requises pour remplir cette fonction dans le cas considéré. Le recours à une autorité de nomination indépendante ou au comité des créanciers pour la désignation du représentant peut aider à éviter toute impression de partialité et contribue à alléger le lourd travail de surveillance qui incombe aux tribunaux. Le choix d'une autorité de nomination indépendante dépendra de l'existence d'un organe approprié disposant des ressources et de l'infrastructure nécessaires pour exercer les fonctions requises.

i) Absence d'actifs

175. Dans les cas où il n'y a pas d'actifs pour financer l'administration de la procédure d'insolvabilité, il peut être nécessaire d'imaginer un mécanisme pour déterminer ce qu'il doit advenir de cette procédure. Les lois de certains pays prévoient son annulation immédiate après le constat de l'absence d'actifs par le

tribunal, d'autres disposent qu'aucune mesure ne doit être prise, d'autres encore prévoient un mécanisme de nomination d'un représentant de l'insolvabilité.

176. Dans ce dernier cas de figure, le représentant de l'insolvabilité peut être un agent de l'État ou un professionnel de l'insolvabilité choisi sur un registre, ce qui a pour but d'assurer une répartition équitable et ordonnée de toutes les affaires d'insolvabilité, qu'il y ait ou non absence d'actifs. En l'absence d'actifs, l'administration de la masse est financée par l'État. Un inconvénient éventuel du système de registre, du moins lorsque les actifs sont insuffisants pour financer l'administration de la procédure est qu'il ne garantit pas la nomination de la personne la plus qualifiée pour l'affaire considérée. Tout dépendra bien entendu de la manière dont le registre est établi ainsi que des qualifications requises pour que les professionnels de l'insolvabilité y figurent. Cet inconvénient n'apparaît peut-être pas aussi grave lorsqu'il n'y a pas d'actifs.

c) Qualifications

177. Le représentant de l'insolvabilité retenu peut provenir de différents milieux, tels que le monde des affaires, un organisme public spécialisé ou un groupe privé de personnes qualifiées. Une question connexe est de savoir s'il doit être une personne physique ou si une personne morale peut éventuellement être admise à cette fonction. Quelles que soient les modalités de désignation, il est préférable, vu la complexité de nombreuses procédures d'insolvabilité, que le représentant de l'insolvabilité connaisse la loi, soit impartial et ait une expérience suffisante des questions commerciales et financières. Si des connaissances supplémentaires ou plus spécialisées sont nécessaires, il peut toujours être fait appel à des experts. Il peut être souhaitable que le représentant de l'insolvabilité possède, outre les connaissances requises, certaines qualités personnelles, par exemple être une personne compétente et capable pour remplir les différentes obligations fiduciaires qui lui incombent.

178. La question de la qualification du représentant de l'insolvabilité est abordée de diverses manières. Les différents pays exigent: des qualifications professionnelles et des examens; l'obtention d'une licence, auquel cas celle-ci est délivrée par un organisme public ou professionnel; des stages de formation spécialisée et des examens de certification; un certain niveau d'expérience (généralement spécifié en années) dans les domaines pertinents, par exemple dans les finances et le commerce; [autres?]

179. Pour l'établissement des procédures et des conditions de nomination, il est souhaitable de trouver le juste milieu entre des conditions trop strictes, qui conduisent à désigner une personne hautement qualifiée mais risquent de limiter considérablement le nombre de professionnels considérés comme suffisamment qualifiés et d'accroître le coût de la procédure, et des conditions trop souples pour garantir la qualité du service requis.

180. Les conflits d'intérêts découlant de relations antérieures avec le débiteur, un créancier, un membre du tribunal, voire un concurrent du débiteur, peuvent dans certains pays constituer une raison suffisante pour empêcher la nomination d'une personne en qualité de représentant de l'insolvabilité. Afin d'accroître la transparence, la prévisibilité et l'intégrité du système d'insolvabilité, on devrait faire obligation à un représentant de l'insolvabilité potentiel de révéler les

circonstances de nature à entraîner un tel conflit ou à compromettre son indépendance.

d) Obligation de diligence

181. Le degré de diligence dont le représentant de l'insolvabilité doit faire preuve et sa responsabilité personnelle sont des éléments importants pour la conduite de la procédure d'insolvabilité. Le représentant de l'insolvabilité joue un rôle de fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions, que ce soit en qualité d'auxiliaire de justice lorsqu'il est nommé par le tribunal ou d'une autre manière. De ce fait, il peut être tenu pour responsable en cas de manquement à ces obligations. Afin de déterminer le degré de prudence, de diligence et de compétence requis, on doit établir un critère qui tienne compte des difficultés que le représentant de l'insolvabilité rencontre dans l'accomplissement de ses tâches.

182. Pour ce faire, différentes approches peuvent être adoptées, bien que le critère qui sera retenu dépende des modalités de nomination et de la qualité du représentant de l'insolvabilité (par exemple, s'il est un agent de l'État – cette question devra être examinée plus avant). On peut décider de ne pas imposer au représentant de l'insolvabilité de critère plus strict que celui auquel le débiteur solvable doit en principe satisfaire dans le cours normal de ses activités, à savoir faire preuve de la prudence que l'on attend d'une personne à cette fonction. Certains pays peuvent toutefois exiger un degré de prudence supérieur car le représentant de l'insolvabilité s'occupe des actifs d'un tiers et non des siens. Ou bien, on pourrait partir du principe que le représentant de l'insolvabilité est censé agir de bonne foi à des fins légitimes. [*Note au Groupe de travail: Y a-t-il là une véritable différence ou est-ce une question purement sémantique?*] Une troisième possibilité serait de fixer un seuil en deçà duquel il y aurait négligence. Il est souhaitable que le critère applicable garantisse que le représentant de l'insolvabilité exerce ses fonctions avec compétence, mais qu'il ne soit pas strict au point d'encourager des actions en justice contre lui et d'augmenter le coût de ses services.

183. Pour ce qui est de la question du coût on pourrait exiger que le représentant de l'insolvabilité dépose une caution ou prenne une assurance pour couvrir tout manquement à ses obligations. Il se peut toutefois que cette solution ne soit pas proposée dans tous les pays. Il peut être souhaitable de trouver une solution permettant à la fois de maîtriser le coût du service et de répartir les risques liés à la procédure entre les participants, au lieu de les faire retomber entièrement sur le représentant de l'insolvabilité au motif qu'il a une assurance responsabilité civile personnelle.

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

185. Dans certaines lois, le tribunal doit autoriser le représentant de l'insolvabilité à faire appel aux comptables, avocats, experts et autres spécialistes dont il peut avoir besoin pour s'acquitter de ses fonctions. Dans d'autres, une telle autorisation n'est pas requise. Il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité fixe des critères pour le

recrutement de ces spécialistes en définissant le niveau d'expérience, de connaissances et de renommée requis, et en exigeant que leurs services soient bénéfiques pour la masse. Pour ce qui est de leur rémunération, certaines lois prévoient qu'une demande doit être adressée à cet effet au tribunal pour qu'il l'approuve; une autre approche consisterait à demander l'accord de l'ensemble des créanciers. Les spécialistes peuvent être rémunérés à intervalles périodiques pendant la procédure, ou être tenus d'attendre l'achèvement de celle-ci.

e) Remplacement ou révocation

186. En cas de décès, de démission ou de révocation du représentant de l'insolvabilité, on peut éviter des perturbations éventuelles dans la procédure et les contretemps pouvant être occasionnés par l'incapacité de trouver un remplaçant en prévoyant la nomination d'un successeur. Suivant les lois, le représentant de l'insolvabilité peut être relevé de ses fonctions dans certains cas, notamment s'il a manqué ou s'est soustrait à ses obligations légales en vertu du droit de l'insolvabilité ou a fait preuve d'incompétence ou de négligence caractérisées. En fonction de l'approche retenue, la révocation peut intervenir sur décision du tribunal, agissant d'office ou à la demande d'une partie intéressée, ou sur décision prise par une majorité déterminée de créanciers chirographaires. Lorsque la loi sur l'insolvabilité prévoit la révocation 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 (voir sous "Masse de l'insolvabilité").

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

1) Les dispositions relatives aux droits et obligations du représentant de l'insolvabilité ont pour objet:

a) de définir les fonctions de la personne qui jouera un rôle central dans l'application de la loi sur l'insolvabilité;

b) d'établir un mécanisme pour la nomination des représentants de l'insolvabilité et d'indiquer les qualifications requises à cette fin;

c) de prévoir la responsabilité, la révocation et le remplacement des professionnels de l'insolvabilité;

d) [...].

2) Un représentant de l'insolvabilité peut être nommé:

a) par le tribunal, à titre provisoire, pour la période s'écoulant entre le dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure et l'ouverture de la procédure;

b) [par le tribunal] [par une autorité de nomination indépendante] [sur recommandation du comité des créanciers] à l'ouverture de la procédure.

3) Un représentant de l'insolvabilité devrait posséder certaines qualifications et qualités personnelles, par exemple être une personne compétente et capable pour s'acquitter des obligations fiduciaires incombant à un représentant de l'insolvabilité, être indépendant et impartial, bien connaître le droit commercial pertinent et avoir une expérience en matière commerciale et en gestion.

- 4) Un représentant de l'insolvabilité potentiel devrait être tenu de révéler les circonstances pouvant entraîner un conflit d'intérêts ou compromettre son indépendance.
- 5) Les tâches [fonctions] [droits et obligations] du représentant de l'insolvabilité concernant la procédure de liquidation et la procédure de redressement devraient être clairement spécifié(e)s dans la loi.
- 6) Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter de la responsabilité du représentant de l'insolvabilité en cas d'inexécution de ses [tâches] [fonctions].
- 7) Une loi sur l'insolvabilité devrait traiter du remplacement et de la révocation du représentant de l'insolvabilité. Ce dernier peut être révoqué par le tribunal à la demande des créanciers ou du comité des créanciers ou encore d'office pour des raisons telles que l'incompétence ou la négligence ou pour ne pas avoir fait preuve de la diligence voulue dans l'accomplissement de ses tâches.
- 8) En cas de décès, démission ou révocation du représentant de l'insolvabilité, une loi sur l'insolvabilité devrait prévoir la nomination d'un remplaçant. Si le représentant de l'insolvabilité est investi d'un droit de propriété sur la masse, la loi devrait prévoir la nomination d'un successeur à qui sera confié(e) [la propriété] [le contrôle] des actifs de la masse.

C. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Remarques générales

187. La poursuite des activités de l'entité insolvable est essentielle à son redressement et, dans une moindre mesure, à sa cession en tant qu'entreprise viable dans le cadre de la liquidation. Pour continuer ses activités, il faut que le débiteur dispose de liquidités pour payer les biens et les services qui lui sont indispensables. Lorsqu'il n'a pas de fonds disponibles pour faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, la loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité d'un prêt postérieur à l'ouverture de la procédure, l'autoriser et en prévoir le remboursement à titre prioritaire. La question majeure réside dans la portée d'une telle faculté, notamment les incitations que le représentant de l'insolvabilité peut offrir à un créancier éventuel en vue d'obtenir un crédit. Dans la mesure où la solution adoptée influe sur les droits des créanciers garantis qui se sont déjà fait connaître ou de ceux qui détiennent un droit réel sur les actifs antérieur dans le temps, il est souhaitable que les dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure soient mises en balance avec le principe général du soutien à apporter aux transactions commercialement avantageuses ainsi qu'avec la nécessité de protéger les droits et priorités des créanciers et de réduire au minimum les effets préjudiciables sur l'offre de crédit, en particulier de crédit garanti.

188. Quelques catégories seulement de prêteurs sont susceptibles d'accorder un financement après l'ouverture de la procédure. La première est celle des prêteurs d'avant l'insolvabilité qui sont en relation continue avec le débiteur et son entreprise et peuvent avancer d'autres fonds pour accroître les chances de recouvrement de leurs créances existantes et éventuellement obtenir une valeur supplémentaire du fait des taux supérieurs appliqués aux nouveaux prêts. La seconde est celle des prêteurs qui n'ont pas eu de relation avec l'entreprise avant

l'insolvabilité et ont sans doute pour seule motivation la possibilité de rendements élevés. L'incitation pour les deux types de prêteurs est la certitude qu'un traitement spécial sera accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. Pour les prêteurs d'avant l'insolvabilité, il existe d'autres incitations comme la continuité de la relation avec le débiteur et son entreprise et la garantie que les conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure ne seront pas changées.

189. Il y a différents moyens d'attirer des crédits après l'ouverture de la procédure et d'en garantir le remboursement, par exemple constituer une sûreté sur un bien non grevé ou une sûreté de deuxième rang sur un bien grevé. Lorsque cette solution n'est pas suffisante ou ne peut être proposée, certaines lois sur l'insolvabilité accordent au prêteur une priorité de remboursement sur les autres créanciers. Il peut s'agir d'un privilège d'administration (voir sous "Ordre à établir aux fins de la répartition"), qui accorde une priorité de remboursement sur l'ensemble des créanciers chirographaires, mais non sur un créancier garanti par rapport à la valeur de sa garantie, ou encore d'un "superprivilège" d'administration, autrement dit d'une priorité sur les créanciers titulaires de créances d'administration. Une autre solution est de donner priorité aux prêteurs avançant des fonds après l'ouverture de la procédure sur tous les créanciers, y compris les créanciers garantis (on parle parfois de "superprivilège"). Dans les pays qui le reconnaissent, ce type de priorité est rarement accordé sans le consentement des créanciers garantis qui perdront la priorité. La décision d'obtenir un prêt en échange d'un tel privilège ne peut donc pas être prise uniquement par le tribunal, le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers chirographaires. Dans certains systèmes juridiques, toutes ces options sont disponibles.

190. L'obtention d'un crédit fournisseur sans constitution d'une sûreté est essentielle dans tous les cas où elle permet à l'entreprise de poursuivre ses activités. De nombreuses lois autorisent le représentant de l'insolvabilité à obtenir un crédit non garanti sans l'approbation du tribunal ou des créanciers, alors que d'autres exigent une telle approbation dans certaines circonstances. S'agissant de l'octroi des différents types de privilèges, tels que le privilège d'administration, certaines lois laissent au représentant de l'insolvabilité le soin de les approuver, alors que d'autres exigent dans certains cas l'agrément du tribunal ou des créanciers.

191. Questions à traiter:

[A/CN.9/504, par. 126:[...] On a estimé qu'il fallait faire une distinction, du point de vue de l'octroi d'un financement, entre les différentes étapes de la procédure de redressement, telles que période postérieure à la demande, période antérieure au plan et période postérieure au plan, seule cette dernière étant couverte par le plan. Il a été demandé si la question du financement postérieure à l'ouverture de la procédure pourrait aussi être valable dans le cas de la vente de l'entreprise en liquidation.]

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

- 1) Les dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure ont pour objet de : [...].
- 2) Une loi sur l'insolvabilité devrait admettre la nécessité d'un prêt postérieur à l'ouverture de la procédure et l'autoriser tant dans la procédure de liquidation,

lorsque l'entreprise doit être vendue en tant qu'entreprise viable, que dans la procédure de redressement.

3) Si le représentant de l'insolvabilité considère qu'un prêt supplémentaire est nécessaire pour le maintien du débiteur ou la continuation de son activité, [le représentant de l'insolvabilité] [le débiteur] peut obtenir le prêt nécessaire et constituer des sûretés sur ses biens.

4) Pour faciliter l'octroi d'un prêt, la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité d'accorder au créancier postérieur à l'ouverture de la procédure une priorité de remboursement sur le paiement soit des créanciers chirographaires (privilège d'administration) soit des dépenses d'administration (superprivilège d'administration).

5) Une sûreté constituée sur les actifs du débiteur en vue d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure n'a pas la priorité sur une sûreté existante constituée sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient du titulaire de la sûreté existante un accord écrit à cet effet.

D. Comité des créanciers

1. Remarques générales

192. Les créanciers ont d'importants intérêts en jeu dans l'entreprise une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. En règle générale, ces intérêts sont protégés par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. Cependant, de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité pour les créanciers d'intervenir directement dans la procédure de différentes manières et pour plusieurs raisons. En tant que parties intéressées au premier chef 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 et par des personnes pouvant être considérées comme ayant une expérience, des compétences ou une indépendance limitées. En outre, ils sont souvent bien placés pour fournir des conseils et une aide concernant les activités du débiteur ou pour surveiller les faits et gestes du représentant de l'insolvabilité, ce qui permet de parer aux fraudes, aux abus et à des frais administratifs excessifs.

193. Lorsque les créanciers sont nombreux, la constitution d'un comité des créanciers peut être un moyen de faciliter leur participation à l'administration de la procédure, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement.

a) Participation des créanciers au processus de décision

194. Les créanciers peuvent participer à des degrés divers au processus de décision dans le cadre de la procédure. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité prend toutes les décisions clefs sur des questions générales non sujettes à contestation en matière d'administration et de liquidation, les créanciers jouant un rôle minime et n'exerçant guère d'influence. Une telle approche peut être efficace lorsque la procédure est conduite par un représentant de l'insolvabilité chevronné car elle permet d'éviter que les dispositions à prendre en vue de la participation des créanciers n'occasionnent des retards ou frais. Elle peut s'appuyer

sur un régime d'insolvabilité dans lequel la procédure et l'intervention des différentes parties prenantes sont strictement réglementées.

195. D'autres approches permettent aux créanciers de participer davantage aux procédures. Dans certaines lois, ils peuvent, en cas de liquidation, choisir et remplacer le représentant de l'insolvabilité, mais aussi approuver la poursuite temporaire des activités de l'entreprise par celui-ci, la vente privée des actifs et la conversion de la procédure de liquidation en procédure de redressement. En matière de redressement, ils accomplissent parfois certaines tâches telles que surveiller les activités de l'entreprise (par exemple, lorsque le système permet au débiteur de continuer à exercer un certain contrôle après l'ouverture de la procédure) et du représentant de l'insolvabilité, ainsi que proposer et approuver le plan de redressement. Ils peuvent aussi demander ou recommander l'intervention du tribunal – par exemple, recommander la conversion du redressement en liquidation ou encore l'engagement par les créanciers d'une action en annulation. S'agissant des frais, les créanciers peuvent aussi jouer un rôle en contrôlant la rémunération du représentant de l'insolvabilité.

196. 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 décision, il est souhaitable de leur laisser la possibilité d'être impliqués, car ils peuvent être une source précieuse d'avis autorisés et d'informations sur l'entreprise débitrice, en particulier lorsque celle-ci doit être vendue en tant qu'entreprise viable. Il peut être également souhaitable de faire rapport aux créanciers sur le déroulement de la liquidation, pour qu'ils aient confiance dans la procédure et pour assurer la transparence de cette dernière. En cas de redressement, la contribution des créanciers est à la fois utile et nécessaire, car c'est d'eux que dépendra généralement le succès de la procédure.

197. Pour tenir compte de la nature et de l'importance de l'insolvabilité, il peut être souhaitable qu'une loi adopte une approche souple en ce qui concerne les fonctions que devrait exercer le comité des créanciers au lieu de spécifier lesdites fonctions dans chaque cas. D'une manière générale, le comité pourrait exercer une fonction consultative dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. De plus, il peut exercer des fonctions définies en ce qui concerne l'élaboration du plan de redressement et, en cas de liquidation, la vente d'actifs importants, ainsi que participer au processus de décision sur demande du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal.

198. Une question importante qu'il est peut-être nécessaire d'examiner lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise les créanciers à participer activement à la procédure, est de savoir comment surmonter l'apathie de ces créanciers et les encourager à participer. La loi sur l'insolvabilité peut régler cette question, d'une part, en conciliant les différents intérêts des parties prenantes (voir, par exemple, sous "Droits et obligations du débiteur: contrôle de la gestion de l'entreprise débitrice") et, d'autre part, grâce à des mesures particulières ayant trait notamment à la sélection des membres du comité (voir ci-dessous).

b) Composition du comité des créanciers

199. La composition du comité des créanciers peut faire l'objet de différentes approches. Bien qu'en règle générale les comités de créanciers ne représentent que les créanciers chirographaires, certaines lois admettent que, dans certains cas, la

constitution d'un comité distinct de créanciers garantis se justifie. Cette approche se fonde sur le fait que les intérêts des différentes catégories de créanciers ne convergent pas forcément et que la faculté laissée aux créanciers garantis de participer aux processus décisionnels du comité et d'en influencer éventuellement l'issue n'est pas nécessairement opportune et ne sert pas toujours les intérêts des autres créanciers.

200. D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient une représentation des deux catégories de créanciers au sein du même comité. Le raisonnement est le suivant: puisque le comité des créanciers est chargé de participer au processus décisionnel et de prendre des décisions importantes, les créanciers garantis devraient être représentés, sous peine de se trouver exclus de la prise de décisions importantes pouvant avoir des répercussions sur leurs intérêts. Selon une autre approche, la loi sur l'insolvabilité ne préciserait pas quels créanciers devraient être représentés dans un cas particulier, mais autoriserait les créanciers à choisir leurs propres représentants sur la base du consentement à y siéger (pour résoudre le problème de l'apathie des créanciers, qui n'est pas rare) et prévoirait l'élargissement ou la réduction dudit comité, selon les besoins. Lorsque les catégories de créanciers devant être représentées sont trop diverses pour que leurs intérêts soient pris en compte au sein d'un seul comité, comme cela peut être le cas de groupes d'intérêts particuliers, tels que les titulaires de créances fondées sur la responsabilité quasi délictueuse 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 et un mécanisme de représentation trop compliqué.

201. La participation des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise débitrice ainsi que des créanciers ayant un lien avec le débiteur peut prêter à controverse, notamment lorsque le comité des créanciers est à même d'influer sur les droits des créanciers garantis ou lorsque les actionnaires ou les propriétaires interviennent dans la gestion de l'entreprise. Dans certains cas, toutefois, les actionnaires ne connaissent pas directement la gestion de l'entreprise débitrice ou n'y participent pas de près, par exemple lorsqu'il s'agit d'investisseurs qui ne sont pas directement associés à la gestion ou n'y ont pas accès directement. Il peut alors y avoir des raisons impérieuses d'autoriser les actionnaires de participer par l'intermédiaire de leur propre comité.

202. On peut également s'interroger sur la participation des parties qui achètent les créances aux créanciers. Ces acheteurs peuvent avoir un lien avec le débiteur ou être des tiers n'ayant aucun intérêt particulier dans l'entreprise débitrice. L'achat de créances 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 créances, tandis que dans le cas d'un achat par des initiés, la question est de savoir si l'acheteur est fondé à réclamer la valeur nominale initiale de la créance ou uniquement le montant effectivement payé pour l'acquérir.

203. Afin de parer à tout problème potentiel, la loi sur l'insolvabilité pourrait indiquer expressément quelles parties ne sont pas fondées à siéger dans un comité des créanciers ou à voter pour l'approbation d'un plan de redressement.

c) Constitution du comité des créanciers

204. Lorsque la loi prévoit la création d'un comité des créanciers, elle en précise souvent les modalités de constitution, le domaine d'activité, les attributions et le mode de fonctionnement, y compris des questions telles que les droits de vote, le quorum et le déroulement des réunions, ainsi que le remplacement des membres. Il sera peut-être souhaitable d'inclure de telles dispositions dans une loi sur l'insolvabilité non seulement pour éviter les litiges et garantir la confidentialité, mais aussi pour assurer la transparence et la prévisibilité des procédures.

205. Pour faciliter le bon fonctionnement et le contrôle du comité, certaines lois sur l'insolvabilité spécifient le nombre de ses membres – en règle générale, un nombre impair pour permettre un vote majoritaire. Lorsque le comité ne représente que des créanciers chirographaires, la qualité de membre est parfois réservée aux principaux créanciers de cette catégorie. On peut identifier ces créanciers de différentes manières, notamment en demandant aux dirigeants de l'entreprise débitrice d'établir la liste des créanciers en question. Pour garantir l'égalité de traitement, il peut être souhaitable que certaines catégories de créanciers, tels que ceux dont les créances n'ont pas encore été approuvées et les créanciers étrangers, soient admis à siéger au sein du comité.

206. Il y a plusieurs manières de sélectionner les membres du comité. L'une d'elles est de confier leur nomination au représentant de l'insolvabilité, au tribunal ou à un autre organe agréé. Cette méthode peut donner une impression de partialité et de manque d'équité et de transparence. Les créanciers risquent de ne pas avoir confiance dans un système qui ne les encourage pas ou ne les autorise pas à intervenir dans la sélection de leurs propres représentants et qui n'aide pas nécessairement à résoudre le fréquent problème de l'apathie des créanciers. Une autre méthode, qui peut à la fois inspirer confiance aux créanciers et les encourager à participer à la procédure, est de les autoriser à choisir eux-mêmes les membres du comité.

207. Il peut être souhaitable de contrôler le comité pour veiller à ce qu'il s'acquitte de la responsabilité qui est la sienne de représenter équitablement les créanciers. Cette tâche pourrait être confiée au représentant de l'insolvabilité.

d) Obligations du comité des créanciers

208. Le comité des créanciers peut être chargé d'exercer plusieurs fonctions notamment suivre le déroulement de l'affaire, mener des consultations avec les autres parties prenantes, en particulier le représentant de l'insolvabilité et la direction de la société débitrice, et informer le représentant de l'insolvabilité des desiderata de l'ensemble des créanciers sur des questions telles que la vente d'actifs importants et l'élaboration du plan de redressement. Pour s'acquitter de ses fonctions, le comité peut avoir besoin d'une assistance administrative et spécialisée. À cette fin, on peut lui donner la possibilité de demander au représentant de l'insolvabilité l'autorisation de recruter un(e) secrétaire et, si les circonstances l'exigent, des consultants et des spécialistes dont les services seront imputés sur la masse de l'insolvabilité.

209. Le comité a des obligations envers l'ensemble des créanciers, mais il n'a pas de comptes à rendre ni d'obligation fiduciaire à l'égard des propriétaires de l'entreprise insolvable. Il peut être souhaitable d'exiger qu'il agisse de bonne foi et

d'exonérer ses membres de toute responsabilité pour des actes qu'ils ont accomplis et des décisions qu'ils ont prises en cette qualité, sauf si l'on constate qu'ils ont agi indûment ou ont manqué à une obligation fiduciaire envers les créanciers qu'ils représentent. En ce qui concerne le niveau de responsabilité du comité, il faut peut-être trouver un juste milieu entre un niveau trop élevé qui favorisera l'apathie des créanciers et de fait les décourager de participer à la procédure et un niveau trop bas qui pourrait donner lieu à des abus et empêcher le comité d'exercer efficacement sa fonction de représentation.

e) Modalités de vote des créanciers

210. Lorsque les mesures devant être prises dans le cadre de la procédure auront des conséquences non négligeables pour l'ensemble des créanciers, il est souhaitable que tous les créanciers (et pas seulement le comité des créanciers) aient le droit d'être avisés de ces mesures et d'exprimer leur opinion sur elles par un vote. Ces mesures peuvent être l'élection du représentant de l'insolvabilité lorsque la loi confie cette tâche aux créanciers; l'approbation du plan de redressement; et d'autres actes importants tels que la vente d'actifs essentiels. Différentes approches peuvent être adoptées à cet égard, en fonction de la nature de la question en jeu. Selon certaines lois, le vote doit avoir lieu en personne au cours d'une réunion de créanciers; selon d'autres, lorsque les créanciers sont nombreux ou qu'ils ne résident pas sur place, le vote peut avoir lieu par correspondance ou par procuration. Il peut également être souhaitable d'admettre le vote par voie électronique.

211. Diverses approches sont adoptées pour ce qui est du mode de scrutin requis pour lier les créanciers à différentes décisions. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent une majorité renforcée – des trois quarts ou des deux tiers – des créanciers (calculée en valeur des créances) pour lier l'ensemble des créanciers [*à quels types de décisions?*]. Une autre approche est d'exiger un vote à la majorité des créanciers votants ainsi qu'une majorité renforcée calculée en fonction de la valeur des créances.

212. Dans d'autres cas, la loi sur l'insolvabilité établit une distinction entre différents types de décisions. 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 d'un spécialiste particulier par ce dernier. D'autres lois disposent qu'une majorité simple suffit 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: les créanciers garantis participeront uniquement au vote sur des questions déterminées, comme la sélection du représentant de l'insolvabilité et les questions qui touchent leur sûreté.

2. Comité des créanciers – résumé et recommandations

- 1) Les dispositions relatives au comité des créanciers ont pour objet de [...].
- 2) Lorsque le débiteur a de nombreux créanciers, un comité des créanciers peut être nommé pour faciliter la conduite de la procédure d'insolvabilité. Ce comité représentera généralement les créanciers [chirographaires] [et garantis]. Lorsque les

intérêts des créanciers ne peuvent être dûment représentés dans un seul comité, différents comités peuvent être nommés.

3) Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, le comité des créanciers devrait exercer une fonction consultative générale, en fournissant des conseils et une aide spécialisés au représentant de l'insolvabilité. En plus de sa fonction consultative générale, il devrait jouer un rôle central dans des domaines définis, y compris l'élaboration du plan de redressement, la vente d'actifs importants, et d'autres, à la demande du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal.

4) Afin de s'acquitter plus facilement des fonctions mentionnées au point 2), le comité des créanciers, sous réserve de l'approbation du représentant de l'insolvabilité, peut faire appel à des consultants spécialisés qui seraient rémunérés sur les actifs de la masse de l'insolvabilité.

5) Les membres du comité des créanciers, en tant que comité représentatif, devraient être choisis par les créanciers sur la base du consentement à y siéger. La loi sur l'insolvabilité peut disposer que le comité des créanciers devrait se composer d'un nombre maximum spécifié, de préférence impair, de créanciers non titulaires [et titulaires] d'une sûreté [avec possibilité de l'augmenter ou de le réduire selon les besoins de la procédure particulière]. [Les membres du comité pourraient être sélectionnés par un vote majoritaire des créanciers assistant à une réunion de créanciers, le calcul de la majorité se faisant à partir de critères tels que la valeur des créances et le nombre de créanciers.]

6) Les membres du comité devraient avoir l'obligation d'agir de bonne foi. Ils devraient être exonérés de toute responsabilité pour les actes qu'ils ont accomplis en qualité sauf si l'on constate, par exemple, qu'ils ont agi de manière frauduleuse ou ont manqué à leur obligation fiduciaire envers les créanciers. Le comité des créanciers ne devrait avoir aucune obligation fiduciaire à l'égard des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise débitrice.

7) Lorsque le comité des créanciers est tenu de prendre une décision sur une question quelle qu'elle soit, chaque membre devrait disposer d'une voix et les décisions du comité devraient être prises à la majorité.

8) Un vote de l'ensemble des créanciers est requis pour [...].

E. Créances des créanciers et traitement à leur accorder

1. Remarques générales

213. Les intérêts en jeu dans une procédure d'insolvabilité sont à la fois nombreux et antagoniques. 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 titulaires de créances fondées sur la responsabilité quasi délictuelle (dont la participation sera généralement moins fréquente).

214. Les droits de ces créanciers seront régis par plusieurs lois différentes. Si de nombreux créanciers sont sur un pied d'égalité du fait qu'ils détiennent des types de créances fondées sur des droits légaux ou contractuels similaires, d'autres peuvent avoir des créances ou des droits supérieurs. Même les créanciers d'une même catégorie ont des droits rivaux, comme c'est le cas des créanciers titulaires d'une sûreté de rang supérieur par rapport aux autres créanciers garantis. C'est pourquoi les lois sur l'insolvabilité classent généralement les créanciers en fonction de leurs créances, ce qui n'est pas incompatible avec le principe de l'égalité de traitement. Lorsqu'on classe les créanciers par catégories, il convient à la fois de concilier les droits légaux et commerciaux des créanciers compte tenu des principes d'équité et du caractère commercialement raisonnable de leur situation respective, d'assurer un traitement équitable, de sauvegarder les intérêts commerciaux légitimes et de favoriser la prévisibilité des relations commerciales. Toutefois, ces objectifs contradictoires ne peuvent être atteints que dans une certaine limite, la loi sur l'insolvabilité devant les concilier avec d'autres considérations d'ordre public. Lorsque ces intérêts généraux plus importants 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 compte tenu du classement des créances n'est pas respectée, les considérations d'ordre public justifiant l'octroi d'une telle priorité devraient être 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 et de la répartition.

215. Dans les procédures d'insolvabilité, les créances entrent en ligne de compte à deux niveaux, d'une part, pour déterminer quels créanciers peuvent voter et selon quelles modalités (en fonction de la catégorie à laquelle ils appartiennent) et, d'autre part, aux fins de la répartition. Les types de créances susceptibles d'être admises varient selon les lois. Certaines prévoient l'exclusion de certaines créances pour des raisons d'ordre public, par exemple les créances fiscales étrangères, les créances découlant d'une décision judiciaire obtenue frauduleusement, les amendes et les pénalités, et les dettes de jeu (voir "Créances exclues"). Afin de déterminer les rangs de priorité à respecter au moment de la répartition du produit de la liquidation de la masse, on se fonde généralement sur les catégories dans lesquelles ont été rangés les créanciers. Outre ces catégories, qui reposent sur les rapports juridiques et commerciaux entre le débiteur et ses créanciers, les principes directeurs concernant la répartition intègrent aussi très souvent des choix opérés en fonction d'intérêts généraux importants.

a) Créanciers

216. Les créanciers d'un débiteur insolvable sont généralement rangés dans trois catégories: les créanciers garantis, les créanciers privilégiés ou prioritaires, et les créanciers chirographaires ou ordinaires. Dans certaines lois, les salariés constituent une catégorie à part.

i) Créanciers garantis

217. La plupart des lois sur l'insolvabilité établissent entre les créances assorties d'une sûreté et celles qui ne le sont pas une distinction qui dépend de la façon dont les sûretés sont traitées dans la procédure, en particulier pour ce qui est de

l'application de la règle de la suspension des poursuites. Lorsque la loi prévoit que la sûreté dont est muni le créancier garanti peut être sortie de la masse, celui-ci ne détient plus de créance à moins qu'il n'ait remis sa sûreté ou qu'il ne soit pas totalement garanti (c'est-à-dire que la valeur de sa créance excède la valeur de sa sûreté) et souhaite demander un désintéressement pour la portion non garantie de sa créance. Lorsque la sûreté est conservée dans la masse dans l'optique d'une cession de l'entreprise comme entreprise viable ou dans celle d'un redressement, le créancier garanti détient une créance. Les créances des créanciers garantis peuvent être admises à titre provisoire lorsque des difficultés sont rencontrées pour déterminer avec précision la valeur de la sûreté à l'ouverture de la procédure (voir "Créances provisoires").

218. De nombreuses lois sur l'insolvabilité disposent que les créanciers garantis ont le droit d'invoquer une créance de premier rang pour ce qui correspond à leur sûreté ou au produit de sa vente. Le mode de répartition applicable aux créanciers garantis dépend de la méthode employée pour les protéger durant la procédure. Si la sûreté a été protégée en préservant sa valeur, le créancier garanti aura généralement une créance de premier rang sur le produit de la vente de la sûreté à concurrence de la valeur de la créance garantie. Si la sûreté dont est muni le créancier a été protégée en fixant la valeur de la portion garantie de la créance au moment de l'ouverture de la procédure, le créancier aura généralement une créance de premier rang sur le produit de la liquidation à hauteur de cette valeur.

219. Dans d'autres lois, les créanciers garantis peuvent passer après les titulaires d'autres créances, telles que les créances salariales non acquittées, les créances fiscales, les créances environnementales et les créances de personnes ayant subi un préjudice corporel [*autres créances?*]. Il est souhaitable, néanmoins, que les exceptions de ce type à la règle du premier rang ne soient pas trop nombreuses afin que les perspectives de recouvrement du crédit garanti restent bonnes, ce qui est important pour encourager l'octroi de ce type de crédit et réduire les coûts qui y sont afférents. Les dépenses liées à la procédure d'insolvabilité peuvent donner lieu à un type différent d'exception à la règle du premier rang dont bénéficient normalement les créanciers garantis. Le produit net de la réalisation du bien grevé servant directement à le désintéresser, le créancier garanti, à la différence des créanciers chirographaires, ne contribuera pas à l'ensemble des dépenses découlant de la procédure d'insolvabilité. Il pourra, cependant, contribuer à d'autres dépenses directement liées à celle-ci, telles que les dépenses d'administration encourues pour le maintien de la valeur de la sûreté. Si le représentant de l'insolvabilité a engagé des dépenses à cet effet, il paraît raisonnable qu'elles soient considérées comme des dépenses d'administration, et donc déduites. Une exception peut aussi être faite dans le cas des priorités prévues pour les moyens de financement accordés après l'ouverture de la procédure, lorsque l'effet de ces priorités sur les intérêts des créanciers garantis devait être clair au moment de l'obtention du financement, d'autant plus que celui-ci peut avoir été approuvé par les créanciers garantis [*autres raisons?*].

ii) Créances d'administration

220. 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 ainsi qu'aux fins de l'exploitation de l'entreprise et de l'exécution de la procédure d'insolvabilité, y compris pour le règlement d'un grand nombre, voire de la totalité, des créances nées après l'ouverture de la procédure, comme les créances des salariés, les loyers et créances analogues. Ces dépenses afférentes à la procédure d'insolvabilité bénéficient souvent de la priorité absolue – en tant que créances d'administration – sur les créances non garanties, et ne sont pas mises sur le même pied que les autres créances de façon que la rémunération des parties s'occupant de la procédure d'insolvabilité soit bien assurée.

221. S'il est certes important de garantir la rémunération de ceux qui participent à la conduite de la procédure d'insolvabilité, les dépenses d'administration 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. La loi pourra prévoir, par exemple, des critères précis, quoique souples, concernant ces dépenses. On pourrait notamment subordonner leur engagement à leur utilité pour l'augmentation de la valeur de la masse dans l'intérêt général, ou exiger qu'elles soient 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 la procédure. [*Note à l'intention du Groupe de travail: Y a-t-il des exemples de loi comportant de tels critères?*]

222. 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 ordinaire des affaires. Une seconde approche consisterait à laisser aux créanciers le soin de procéder 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.

iii) Créanciers prioritaires ou créanciers privilégiés

223. Les lois sur l'insolvabilité attribuent souvent des droits de priorité à certaines créances (principalement des créances non garanties) qui, en conséquence, seront réglées avant d'autres créances non garanties et non privilégiées (ou moins privilégiées). De tels droits vont à l'encontre du principe de la répartition *pari passu* et s'exercent généralement au détriment des créances non garanties ordinaires en réduisant les actifs à répartir. Ils risquent aussi de susciter des débats stériles sur l'évaluation des privilèges liés aux divers types de créances prioritaires.

224. Il existe de nombreuses conceptions différentes du type de créances devant bénéficier d'une priorité et de ce que cette dernière doit recouvrir. Les types de priorités varient suivant les pays, mais deux catégories semblent être particulièrement fréquentes. La première correspond aux salaires et prestations (sécurité sociale et pensions) dus aux salariés, approche qui va dans le sens général de la protection spéciale accordée aux salariés dans d'autres domaines du droit de l'insolvabilité (voir ci-après). La seconde correspond aux créances du fisc. Accorder une priorité à ce dernier type de créances risque de compromettre l'application uniforme des lois fiscales et de constituer une sorte d'avantage en faveur des

pouvoirs publics qui compromettrait la discipline qu'un régime d'insolvabilité efficace est censé favoriser. [*Autres exemples?*]

225. Certaines lois récemment adoptées en matière d'insolvabilité ont sensiblement réduit le nombre de ces types de droits de priorité, suivant en cela le changement intervenu dans l'opinion publique concernant l'acceptabilité d'un tel traitement préférentiel. Dans d'autres pays, en revanche, on constate une tendance à la multiplication des catégories de créances jouissant d'une priorité. L'existence d'une multiplicité de positions préférentielles différentes attachées à de nombreux types de créances risque de rendre plus complexe la réalisation des objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité et de nuire à l'efficacité du processus. Elle peut déboucher sur des injustices et, dans le cas du redressement, compliquer l'élaboration du plan. Il convient, en outre, de ne pas perdre de vue que le réaménagement des priorités au niveau de la répartition que suppose la création de ces priorités n'augmentera en rien le montant total des fonds que pourront se partager les créanciers. Il ne fera qu'avantager un groupe de créanciers aux dépens d'un autre groupe. Plus l'on prévoit de catégories privilégiées de créanciers prioritaires, plus les autres groupes pourront en tirer argument pour réclamer, à leur tour, un traitement préférentiel. Et plus nombreux sont les créanciers recevant un traitement préférentiel, moins ce dernier est avantageux.

226. Certaines priorités soulèvent des questions qu'il vaut sans doute mieux laisser en dehors du droit de l'insolvabilité, celui-ci n'étant pas fait pour chercher à atteindre des objectifs sociaux qui ne sont qu'indirectement liés aux questions d'endettement et d'insolvabilité. Si l'on veut introduire des priorités dans une loi sur l'insolvabilité ou si sont prévues dans d'autres lois des priorités qui auront une incidence sur les résultats sur lesquels débouchera dans la pratique la loi sur l'insolvabilité, il est souhaitable que ces priorités soient clairement énoncées dans cette dernière ou que celle-ci y fasse clairement référence. De la sorte, le régime d'insolvabilité sera au moins dénué d'ambiguïtés, transparent et prévisible quant à son impact sur les créanciers, ce qui permettra aux bailleurs de fonds de mieux évaluer les risques qu'ils prennent.

iv) Créanciers chirographaires ordinaires

227. Une fois désintéressés tous les créanciers garantis et créanciers prioritaires, le solde de la masse est généralement réparti entre les créanciers chirographaires ordinaires au prorata de leur créance. Il peut y avoir des subdivisions au sein de cette catégorie, certaines créances étant considérées comme de second rang. C'est ce qui se passe dans certains pays pour des créances telles que les gratifications, les amendes et pénalités, les prêts consentis par des actionnaires et les intérêts échus postérieurement à la demande d'ouverture de la procédure, qui doivent céder le pas au reste de la masse des créances non assorties d'une sûreté, tandis que, dans d'autres, certaines de ces créances sont purement et simplement exclues.

v) Salariés

228. En tant qu'une des composantes essentielles de l'entreprise, les salariés ont des droits qui entrent souvent en concurrence avec ceux des autres créanciers. Comme catégorie, ils ont tendance à se situer entre les deux extrêmes que sont, d'une part, les propriétaires et la direction et, d'autre part, les bailleurs de fonds ou créanciers, le rapport qui les lie au débiteur étant fondé sur l'engagement implicite

que leur travail sera rémunéré et, si leurs services donnent satisfaction, qu'ils seront maintenus dans leur emploi. Cet engagement se trouve nécessairement érodé en cas d'insolvabilité, mais de nombreuses lois en la matière reconnaissent son importance et accordent aux salaires non acquittés la priorité sur d'autres catégories de créances (voir également "Traitement des contrats").

229. À un niveau plus général, la relation employeur/salariés soulève d'autres questions qui sont ordinairement difficiles à résoudre et qui font entrer en concurrence les intérêts des salariés et ceux des autres créanciers, ce qui risque d'avoir un impact sur les possibilités d'accès au crédit et le coût de ce dernier, en particulier pour les entreprises qui ont besoin de beaucoup de main-d'œuvre. Certaines de ces questions peuvent se poser dans les situations où les salariés ont peu de possibilités de reclassement, où le chômage est endémique, où les pensions et le régime de prévoyance dépendent de la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice ou sont intimement liés au capital social de celle-ci, où le système de protection sociale sur lequel peuvent compter les salariés n'est guère développé et [...].

230. L'existence d'un fonds spécial destiné à protéger les salaires a peu de chances de modifier le cours de l'insolvabilité sauf si le fonds garantissant les créances salariales n'est pas admis à soumettre ses créances dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ou si celles-ci n'ont pas le même rang de priorité que celui qu'auraient eu les salariés. Dans la pratique, le fonds jouit généralement des mêmes droits que les salariés, au moins jusqu'à hauteur d'un certain montant qui peut être exprimé en valeur absolue ou par référence à tel ou tel nombre de salaires hebdomadaires.

231. Questions à examiner:

[Rapport du Groupe de travail A/CN.9/504, par. 153: Quant au privilège accordé aux salaires et droits des employés, on a fait observer qu'un système de garantie sociale profiterait à la masse de l'insolvabilité, dans la mesure où ces créances se trouveraient exclues de la répartition des actifs. On a précisé toutefois qu'il faudrait alors que l'organisme social qui garantissait ces créances ne puisse bénéficier de la même priorité que les employés à l'égard de la masse de l'insolvabilité. Selon un autre avis, le projet de guide devrait attirer l'attention sur les solutions que proposaient différents systèmes juridiques.]

vi) *Propriétaires*

232. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, la règle est que les propriétaires de l'entreprise ne sont pas inclus dans la répartition du produit de la liquidation des actifs, tant que les créanciers, qui passent avant dans l'ordre de priorités, n'ont pas été intégralement remboursés. Ces lois peuvent prévoir ou non le versement d'intérêts. Lorsqu'une partie du produit revient aux propriétaires, la répartition est opérée en fonction du rang des parts spécifié dans le droit des sociétés et les statuts de l'entreprise.

vii) *Créanciers liés au débiteur*

233. Une attention particulière devra sans doute aussi être accordée à la catégorie des créanciers qui ont avec le débiteur des liens familiaux ou d'affaires. Un

traitement à part pourra se justifier étant donné qu'il y a plus de chance pour que ces parties aient été favorisées et qu'elles aient eu connaissance, à un stade précoce, des difficultés financières du débiteur et [*autres arguments?*]. Si les créances détenues par ces personnes n'entrent pas vraiment dans les catégories de créances à exclure, il convient de se demander si elles devraient être traitées de la même manière que celles détenues par les autres créanciers ou faire l'objet d'un traitement particulier, par exemple passer après celles des autres créanciers, leurs détenteurs n'ayant pas le droit de voter avec les autres créanciers pour l'approbation du plan ou sur d'autres questions capitales.

b) Créances des créanciers

i) Soumission des créances

234. En règle générale, seules peuvent être soumises les créances nées avant l'ouverture de la procédure. Ce qu'il adviendra des créances nées après l'ouverture dépendra de la nature de la procédure et de ce que prévoit le droit de l'insolvabilité. Dans de nombreuses législations, elles sont payables intégralement parce que considérées comme des dépenses liées à la procédure.

235. Différents mécanismes peuvent être utilisés pour soumettre les créances. Dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité, c'est aux créanciers qu'il appartient de produire les justificatifs de leurs créances afin que le représentant de l'insolvabilité (qui dans certaines lois sur le redressement peut être le débiteur) les examine. Certaines lois prévoient, au départ, l'établissement d'une liste des créanciers et des créances soit par le tribunal soit par le débiteur. L'établissement de cette liste par le débiteur présente l'avantage que celui-ci connaît ses créanciers et leurs créances et que, de ce fait, le représentant de l'insolvabilité aura rapidement une idée de l'état de l'entreprise. Une autre solution serait que le représentant de l'insolvabilité établisse lui-même la liste, ce qui pourrait réduire les formalités liées à la vérification des créances, mais risque d'alourdir les dépenses et d'entraîner des retards. Une fois la liste établie, les créanciers seraient invités à soumettre leurs créances au représentant de l'insolvabilité aux fins de vérification. Un mécanisme exigeant que les créanciers soumettent leurs créances au représentant de l'insolvabilité et que celui-ci les vérifie peut contribuer à une juste répartition.

236. Afin de garantir que les créances soient soumises en temps voulu et que la procédure d'insolvabilité ne traîne pas, la loi pourrait prévoir des délais dans lesquels les créances devraient être soumises au représentant de l'insolvabilité. De tels délais risquent néanmoins de pénaliser les créanciers étrangers qui, dans bien des cas, ne seront pas en mesure de s'y conformer comme les créanciers nationaux. De façon à assurer l'égalité de traitement des créanciers nationaux et étrangers, et compte tenu de la tendance, au niveau international, à l'abolition de la discrimination fondée sur la nationalité du créancier, on pourrait adopter une solution qui soit permettrait de soumettre les créances à tout moment avant la répartition, soit consisterait à fixer un délai qui pourrait être prorogé ou levé lorsque le créancier ne peut, pour des raisons valables, s'y conformer ou lorsque le délai lui cause de sérieuses difficultés. Si la créance a été soumise en retard et que, de ce fait, des frais ont été engagés, ceux-ci devraient être supportés par le créancier.

237. Afin que les créances puissent être soumises à temps, il est souhaitable de prévoir dans la loi sur l'insolvabilité que les créanciers, tant nationaux qu'étrangers,

soient avisés en temps voulu de l'ouverture de la procédure. S'agissant des créanciers étrangers, le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale relève, au sujet de l'article 14, qu'un certain nombre des formalités requises pour la notification à ces créanciers sont lourdes et longues et ne permettraient pas, en règle générale, aux créanciers étrangers d'être avertis en temps voulu de la procédure d'insolvabilité. Le Guide recommande de faire l'économie de ces procédures, sauf dans les cas où elles sont liées à une obligation conventionnelle internationale (par. 106 à 111 du Guide).

238. La question 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 et la traduction, revêt aussi une importance particulière pour les créanciers étrangers. Afin de faciliter l'accès de ces créanciers à la procédure, on pourrait envisager, si ces formalités ne sont pas jugées essentielles, de les lever comme d'autres formalités dont il a été question à propos de l'article 14 de la Loi type.

239. La plupart des lois prévoient que tous les créanciers identifiés et identifiables doivent recevoir, soit personnellement soit par voie de publication dans des revues ou journaux commerciaux appropriés, notification des créances qui ont été produites. Le représentant de l'insolvabilité pourrait en outre être tenu d'établir une liste des créances, admises et contestées, et de la déposer auprès du tribunal ou d'un organe administratif afin qu'il soit plus facile d'aviser les créanciers inconnus et de donner des informations actualisées concernant les chances d'admission ou de rejet des créances contestées.

ii) Créances provisoires

240. On distingue deux types de créances, selon qu'elles portent sur un montant déjà fixé ou que le montant dû par le débiteur n'a pas été, ou ne peut pas être, déterminé. Ces créances peuvent avoir un caractère contractuel ou non contractuel et peuvent ou non être garanties. Lorsque le montant de la créance ne peut être déterminé, ou ne l'a pas été, au moment où celle-ci doit être soumise au représentant de l'insolvabilité, de nombreuses lois prévoient la soumission provisoire de la créance ou l'affectation à celle-ci d'une valeur provisoire. L'admission de créances provisoires soulève de nombreuses questions concernant l'évaluation de la créance et la partie qui doit y procéder (le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou quelque autre personne désignée à cet effet); le vote des créanciers provisoires sur des questions importantes telles que celle de savoir s'il faut opter pour la liquidation ou le redressement ou encore l'approbation du plan de redressement (voir "Comités de créanciers"); et la question de savoir si, en tant que créanciers minoritaires, les créanciers provisoires peuvent être liés par un plan auquel ils n'ont pas donné leur agrément (voir "Plan de redressement").

iii) Vérification des créances

241. La vérification consiste non seulement à apprécier la légitimité de la créance et de son montant, mais aussi à déterminer la catégorie dans laquelle celle-ci doit être rangée aux fins du vote et de la répartition (créances garanties ou non, antérieures ou postérieures à l'ouverture de la procédure, etc.).

242. De nombreuses lois prévoient que c'est au représentant de l'insolvabilité qu'il appartient de vérifier les créances des créanciers, les cas contestés devant être tranchés par le tribunal. On peut néanmoins craindre qu'une approche qui donne un tel pouvoir d'appréciation au représentant de l'insolvabilité ne débouche sur des retards ou même la collusion avec le débiteur, ce qui compromettrait la prévisibilité du système. Si elle devait, malgré cet inconvénient, être adoptée, il serait souhaitable d'exiger que le représentant de l'insolvabilité motive le rejet d'une créance, de préférence par écrit, et ce dans l'intérêt de la transparence de la procédure et de la prévisibilité. Une autre solution serait de laisser au tribunal le soin de vérifier toutes les créances et de régler les litiges. Elle risque aussi d'entraîner des retards considérables à un moment où il peut être crucial que la procédure avance rapidement et soit efficace, et mettrait le tribunal lourdement à contribution.

243. Une autre solution encore serait de prévoir que les créances non réglées au moment de l'ouverture de la procédure soient admises automatiquement sans vérification, à moins d'être contestées. Si c'est cette solution qui est retenue, il pourrait être souhaitable de l'associer à un mécanisme destiné à faire en sorte que toutes les parties intéressées disposent des informations voulues sur les créances admises sur cette base. L'admission automatique des créances peut permettre d'éviter bon nombre des difficultés liées au fait que le représentant de l'insolvabilité doit évaluer avec précision la situation dès le début de la procédure afin de permettre aux créanciers de participer à des réunions à un stade précoce et d'y voter. La solution de l'admission automatique aurait sans doute plus de chances d'être satisfaisante si l'on exigeait que la soumission des créances prenne la forme d'une déclaration, telle qu'un affidavit, qui exposerait son auteur à des sanctions en cas de fraude. Il pourrait aussi être utile de prévoir que ne seraient admises sans vérification que les créances reposant sur des pièces comptables dûment tenues.

244. L'admission d'une créance établit le droit du créancier d'assister à une assemblée des créanciers et le montant pour lequel il est habilité à voter à cette assemblée ou pour l'élection d'un représentant de l'insolvabilité ou l'approbation d'un plan de redressement, ainsi que le montant sur la base duquel le représentant de l'insolvabilité doit le payer lors de la répartition du produit de la masse.

245. Lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise la contestation d'une créance, elle peut également indiquer quelles parties sont admises à le faire. Dans certaines lois, seul le représentant de l'insolvabilité peut contester, dans d'autres, toute partie intéressée, y compris les créanciers. Pour éviter qu'un grand nombre de créances soient contestées par ces derniers, il peut être souhaitable que la liste des créances, une fois établie, soit soumise à un examen final dans le cadre d'une assemblée des créanciers. En cas de litige entre un créancier – ou le débiteur – et le représentant de l'insolvabilité portant sur les créances mais aussi sur les garanties ou les sûretés, un mécanisme de règlement rapide est essentiel pour assurer le bon déroulement de la procédure. Si non, la faculté de contester une créance risque d'être utilisée pour entraver la procédure ou la retarder indûment.

iv) Créances exclues

246. Pour diverses raisons d'intérêt général, une loi sur l'insolvabilité peut prévoir l'exclusion de certains types de créances, comme les créances fiscales étrangères, les amendes et pénalités ainsi que les dettes de jeu.

247. Les créances fiscales étrangères sont actuellement exclues dans de nombreux pays, ce qui de l'avis général, n'est pas contraire au principe de l'égalité de traitement des créanciers étrangers et des créanciers nationaux. Il n'y a cependant aucune raison impérieuse empêchant un pays 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 nationales ou comme des créances ordinaires non assorties de sûretés. Ces différentes approches sont admises dans l'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, lequel dispose que l'exclusion des créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers ou leur classement au rang des créances non préférentielles non garanties ou à un rang inférieur si des créances locales équivalentes ont un rang de priorité inférieur ne porte pas atteinte au principe de l'égalité de traitement des créanciers étrangers et des créanciers locaux.

248. 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 types de créances pouvant être exclues comme étant illégales, la loi sur l'insolvabilité peut exclure, dans une catégorie générale, les créances qui découlent d'une activité illégale et sont, de ce fait, inexécutables.

249. Pour ce qui est des amendes et des pénalités, la loi sur l'insolvabilité peut 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 faire valoir que celles de la première catégorie devraient être exclues parce qu'elles sanctionnent un acte délictueux commis par le débiteur et que les créanciers chirographaires ne devraient avoir à supporter les conséquences d'un tel acte et voir une réduction des actifs disponibles à répartir. En revanche, il n'y aurait apparemment aucune raison impérieuse d'exclure la seconde catégorie, en particulier lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice causé à une autre partie, à moins que cette exclusion puisse également se justifier comme étant un moyen d'accroître les actifs disponibles pour les créanciers chirographaires. Une autre possibilité serait d'admettre les créances sous la forme d'amendes et de pénalités, faute de quoi elles resteront impayées [*autres raisons?*].

v) *Conversion des créances libellées en devises étrangères*

250. L'évaluation des créances revêt une importance particulière pour les créanciers étrangers qui déclareront généralement leurs créances dans une monnaie autre que celle du pays où se déroule la procédure d'insolvabilité. Aux fins des opérations de vérification et de répartition, ces créances sont normalement converties dans la monnaie nationale. Si la conversion a lieu à la date de l'ouverture de la procédure, le montant de la créance fluctuera selon que la monnaie se déprécie ou s'apprécie pendant la période antérieure à la répartition (qui pourrait intervenir bien après cette date). Une autre solution est de faire une conversion provisoire au moment de l'ouverture de la procédure aux fins de vote, et si le taux de change fluctue au-delà d'un certain pourcentage pendant la période précédant la répartition, de faire la conversion définitive au moment de la répartition.

vi) *Cession de créances*

251. [...]

252. Questions à traiter:

[A/CN.9/504, par. 117 : 117. En ce qui concerne les prêts consentis par des actionnaires, l'avis a été exprimé qu'ils méritaient un régime tenant compte des raisons spécifiques présidant généralement à leur émission, et qui ne seraient pas nécessairement les mêmes que dans le cas de prêts octroyés par d'autres entités. À titre de remarque générale, on a souligné que le projet de guide devrait sensibiliser les législateurs nationaux aux implications possibles des choix législatifs au niveau de l'administration des entreprises.]

118. La proposition d'aborder dans le projet de guide la question du traitement des obligations solidaires dans le cadre du droit de l'insolvabilité a été fortement appuyée. Il a été suggéré, en particulier, que le guide examine la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'ouverture de la procédure d'insolvabilité affecterait le droit d'un créancier de faire exécuter la créance contre un ou plusieurs débiteurs solidaires autres que le débiteur faisant l'objet de la procédure. À cet égard, il a été suggéré aussi que le projet de guide aborde le traitement des garants ainsi que le cas où le garant était lui aussi insolvable.

119. On a également exprimé l'avis que le projet de guide devrait recommander d'aborder spécifiquement la question du traitement des créances non garanties acquises après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en exposant les différentes approches adoptées dans divers systèmes juridiques.]

2. Créances des créanciers – résumé et recommandations

1) Les dispositions relatives aux créances des créanciers ont pour objet:

a) de permettre aux personnes qui revendiquent une créance ou un droit sur un débiteur insolvable de les produire pour les soumettre à l'examen du représentant de l'insolvabilité;

b) d'obliger le représentant de l'insolvabilité à examiner les créances et à les admettre ou les rejeter, en totalité ou en partie, ainsi que de prévoir des voies de recours contre ses décisions;

c) de déterminer le traitement à accorder à des créances particulières, notamment aux créances garanties, aux créances étrangères, aux créances libellées en une monnaie étrangère, aux créances d'intérêts et aux créances non échues;

d) de prévoir un ordre de priorité dans le remboursement des créances aux créanciers;

e) d'appliquer les mêmes règles, pour ce qui est des objectifs ci-dessus, en cas de liquidation et en cas de redressement.

2) Tous les créanciers, tant nationaux qu'étrangers, devraient être informés de l'ouverture de la procédure et du délai dont ils disposent pour déclarer leurs créances. Une notification devrait leur être adressée selon des modalités conformes aux prescriptions de l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

- 3) Les créances peuvent être déclarées dans un délai spécifié après l'ouverture de la procédure [la notification de l'ouverture de la procédure] ou à tout moment avant la répartition.
- 4) Pour faciliter le traitement des créances, le représentant de l'insolvabilité devrait établir une liste des créanciers et un relevé des créances.
- 5) Chaque créancier [chirographaire] [et garanti] est fondé à déclarer une créance sur la masse de l'insolvabilité [dans les [...] jours] qui suivent l'ouverture de la procédure d'insolvabilité] [à tout moment avant la répartition]. Lorsque la loi sur l'insolvabilité fixe un délai pour la déclaration des créances, ce délai devrait pouvoir être prorogé ou levé par le tribunal. Une créance produite par un créancier étranger devrait être traitée de la même manière que toute autre créance. Le créancier garanti ne devrait faire valoir ses créances que lorsqu'il a renoncé à sa sûreté ou que la valeur de sa créance est supérieure à celle de la garantie et qu'il souhaite réclamer la partie non garantie de la créance.
- 6) Certaines créances peuvent être exclues, notamment celles qui découlent d'activités illégales (par exemple, les dettes de jeu) ainsi que [les créances fiscales étrangères], [les amendes et pénalités], [autres?].
- 7) Un créancier peut faire valoir une créance en apportant au représentant de l'insolvabilité la preuve de cette créance sous la forme d'une [déclaration] [déclaration sous serment].
- 8) Le représentant de l'insolvabilité admet ou rejette chaque créance en tout ou en partie. Les créances peuvent aussi être admises automatiquement [sur la base des livres et pièces comptables] à moins qu'elles ne soient contestées par [un créancier] [le représentant de l'insolvabilité]. Lorsque le représentant de l'insolvabilité rejette une créance, il devrait être tenu de motiver sa décision. Les créanciers dont les créances ont été rejetées ou contestées devraient avoir le droit de faire appel devant le tribunal.
- 9) Les créances d'un montant indéterminé, les créances garanties et les créances contestées devraient être provisoirement admises en attendant l'évaluation de la créance ou de la sûreté ou encore le règlement du différend par le tribunal. L'évaluation de la créance peut être réalisée par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal. Les créanciers devraient pouvoir contester une évaluation devant le tribunal.
- 10) L'admission d'une créance établit:
 - a) le droit du créancier d'assister à une assemblée des créanciers d'un débiteur insolvable et le montant pour lequel il est habilité à voter à cette assemblée, ou pour l'élection d'un représentant de l'insolvabilité ou l'approbation d'un plan de redressement; et
 - b) le montant sur la base duquel le représentant de l'insolvabilité doit payer le créancier lors de la répartition du produit de la masse.
- 11) Droit à compensation.
- 12) Créances déclarées par les initiés et les actionnaires.

V. Liquidation et répartition

A. Ordre à établir aux fins de la répartition

1. Remarques générales

253. La répartition du produit de la masse se fait généralement en fonction du classement des créanciers par catégorie et du rang de priorité accordé à chacune d'elles.

254. Lorsqu'il existe plusieurs catégories de créanciers avec des rangs de priorité différents, les créances d'un même rang seront réglées intégralement avant que celles du rang suivant soient apurées. Une fois atteint un rang de priorité auquel les fonds sont insuffisants pour payer intégralement tous les créanciers, un partage est effectué entre eux, au prorata de leurs créances. Dans certaines lois qui ne prévoient pas un ordre de priorité, tous les créanciers se partagent le produit de la masse au prorata de leurs créances si les fonds ne sont pas suffisants pour les désintéresser intégralement.

255. Il peut être souhaitable de prévoir, dans le cadre de la procédure de redressement, le règlement intégral des créances prioritaires en tant que condition *sine qua non* de la confirmation du plan à moins que les créanciers prioritaires touchés ne conviennent d'autres dispositions. Un plan de redressement peut proposer un ordre de priorité différent de celui qui est prévu par la loi de l'insolvabilité, à condition que les créanciers appelés à se prononcer par un vote au sujet du plan approuvent une telle modification.

2. Répartition – résumé et recommandations

- 1) Les dispositions relatives à la répartition ont pour objet de: [...].
- 2) Le montant disponible à répartir entre les créanciers serait distribué dans l'ordre suivant:
 - a) [Créances garanties];
 - b) Frais et émoluments liés à la nomination, aux obligations et aux fonctions du représentant de l'insolvabilité;
 - c) Dépenses d'administration;
 - d) [Autres créances admises].
- 3) Les créances classées dans chacune de ces catégories occupent le même rang de priorité les unes par rapport aux autres. Toutes les créances d'une catégorie donnée seront intégralement réglées avant la catégorie suivante. Si les fonds ne sont pas suffisants pour les régler dans leur intégralité, le paiement sera effectué au prorata.

B. Décharge

1. Remarques générales

256. Il est probable qu'un certain nombre de créanciers n'auront pas été payés intégralement après la répartition. La loi sur l'insolvabilité devra donc déterminer s'ils conserveront une créance sur le débiteur ou si le débiteur sera libéré ou "déchargé" de ces créances résiduelles.

257. Lorsque l'entité insolvable est une société anonyme ou à responsabilité limitée, la question de la décharge en cas de liquidation ne se pose pas: soit la loi prévoit la disparition de cette entité juridique soit celle-ci continue d'exister mais en tant que coquille vide. Les associés ne seront pas responsables des créances résiduelles et la question de leur décharge ne se pose pas. Elle se pose, en revanche, en cas de redressement et devrait être traitée. Si l'entité commerciale revêt une forme différente, par exemple s'il s'agit d'une entreprise individuelle, d'un groupe de personnes (société en participation) ou d'une entité dont les propriétaires ont une responsabilité illimitée, il convient de se demander si ces personnes seront toujours personnellement responsables des créances non payées après la liquidation.

258. Les lois sur l'insolvabilité abordent différemment la question de la décharge. Selon certaines, le débiteur est toujours responsable des créances impayées, tant qu'elles ne sont pas prescrites. Ce type de règle privilégie la relation entre débiteur et créancier: le maintien de la responsabilité du débiteur après la liquidation permet à la fois de discipliner le comportement financier de ce dernier et d'inciter les créanciers à accorder des concours financiers. D'autres lois en revanche prévoient la décharge complète, immédiatement après la liquidation, du débiteur honnête qui n'a commis aucune fraude. Par là, elles privilégient le "nouveau départ" qui résulte de la décharge et dont l'objet est souvent d'encourager le développement d'une classe d'entrepreneurs. Elles reconnaissent également que le surendettement est une réalité économique courante. 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 doit normalement essayer de remplir de bonne foi ses obligations.

259. Il peut être indiqué, dans certains cas, de limiter la faculté d'accorder une décharge, par exemple lorsque le débiteur a agi de manière frauduleuse, s'est livré à une activité délictueuse ou a enfreint la législation du travail ou des lois relatives à la protection de l'environnement et [autres?]. Dans quelques-uns des pays où une décharge est accordée au débiteur, certaines créances peuvent être exclues, telles que celles qui découlent d'une obligation alimentaire, d'actes frauduleux, d'amendes et d'obligations fiscales. Certaines conditions peuvent également être imposées au débiteur, à la fois pendant la procédure et pour l'obtention d'une décharge, sur recommandation du représentant de l'insolvabilité, soit par le tribunal. Elles peuvent consister à restreindre la faculté du débiteur d'obtenir de nouveaux crédits, de quitter le territoire ou d'exercer une activité commerciale pendant une période déterminée. Les autres restrictions 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 dix ans par exemple, avant qu'un débiteur puisse bénéficier d'une nouvelle

décharge, ou même faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité pouvant déboucher sur une nouvelle décharge.

260. S'agissant de la décharge des personnes physiques exerçant une activité commerciale, il faudrait peut-être tenir compte de la relation 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 pays, 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 pays 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. Or, il est fréquent, par exemple, que le crédit à la consommation soit utilisé pour le financement d'une petite entreprise, soit comme capital de lancement ou fonds de fonctionnement si bien qu'il peut être difficile 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 n'est pas possible d'appliquer aux particuliers des règles différentes selon qu'il s'agit de dettes commerciales ou de dettes liées à la consommation.

2. Décharge – résumé et recommandations

1) Lorsqu'une loi sur l'insolvabilité autorise l'insolvabilité des personnes physiques exerçant une activité commerciale, elle devrait prévoir la décharge du débiteur après la liquidation. Cette décharge devrait être [complète et immédiate lorsque le débiteur est honnête et n'a pas commis de fraude] [soumise à un délai déterminé] [autre?].

VI. Plans de redressement

1. Remarques générales

261. Les lois sur l'insolvabilité abordent divers aspects de l'élaboration d'un plan de redressement, notamment la question de savoir quelle doit être la nature ou la forme du plan; quand celui-ci doit être préparé; qui peut s'en charger; quelles sont les dispositions à y inclure; comment le plan doit être approuvé et quels en sont les effets.

262. Les plans de redressement remplissent des fonctions différentes suivant les types de procédures. 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 (autrement dit le concordat). Dans d'autres cas, il peut être proposé à l'ouverture de la procédure et définir la manière dont le débiteur et l'entreprise devraient être traités pendant la période de redressement – ce qui s'apparente beaucoup à un plan de travail – mais également indiquer les dividendes escomptés et les dates de paiement. Dans d'autres cas encore, un plan analogue à un plan de redressement est élaboré dans le cadre de la liquidation lorsque l'entreprise doit être cédée en tant qu'entreprise viable. Ce type de plan ressemblerait fort à un plan de travail, qui n'aborderait aucune question relative à la répartition, cette dernière étant en effet réglée conformément aux dispositions de la loi sur l'insolvabilité.

a) Nature ou forme du plan

263. Le redressement a pour objet d'optimiser les perspectives de recouvrement des créances et d'aboutir à un meilleur résultat que si l'entreprise débitrice devait être liquidée. Vu la diversité des parties prenantes, il se peut que chacune ait des idées différentes sur la façon d'atteindre cet objectif, l'une d'entre elles pouvant, par exemple, être favorable à la poursuite des relations d'affaires avec un gros client ou fournisseur et une autre préférer un remboursement rapide et être plus ou moins prête à prendre des risques. Certains créanciers peuvent préférer une participation au capital de l'entreprise, d'autres part. Il y a donc généralement, dans chaque cas d'espèce, toute une gamme d'options entre lesquelles un choix va devoir être opéré et si le législateur se montre trop directif quant à l'étendue de cette gamme ou quant au choix devant être fait dans tel ou tel cas, la loi risque d'entraver la réalisation de l'objectif de la maximisation de la valeur de l'entreprise. Il est souhaitable que la loi, par exemple, n'autorise pas uniquement un plan axé sur la parfaite remise en scelle du débiteur, ou n'interdise pas les annulations de dettes, ou ne prévoie pas qu'un certain montant minimum devra finalement être versé au créancier. Il est préférable de laisser les forces du marché déterminer quelle est la meilleure solution commerciale.

264. Le législateur peut néanmoins souhaiter fixer certaines limites, telles que le maintien dans le cas du redressement des priorités accordées aux créanciers dans celui de la liquidation, et édicter des règles visant à éviter que le plan risque d'être tel que le débiteur demeure insolvable et que l'entreprise doive être remise sur le marché dans cette condition. En n'étant pas trop directif, il ménagerait la souplesse suffisante pour que puisse être choisie dans une gamme de solutions possibles celle qui est la plus souhaitable dans le cas d'espèce. Certaines lois sur l'insolvabilité dressent une liste de possibilités pouvant être retenues, mais cette liste ne se veut pas exhaustive. Parmi ces possibilités, il peut y avoir un simple règlement amiable (un accord prévoyant que les créanciers recevront un certain pourcentage de leurs créances); le maintien de l'activité de l'entreprise en vue de la cession de celle-ci comme entreprise viable (avec alors liquidation du débiteur); la cession de la totalité ou d'une partie des actifs de la masse à une ou plusieurs entités existant déjà ou entités à créer; la fusion de l'entreprise débitrice avec une ou plusieurs autres entités; une forme sophistiquée de restructuration de la dette et du capital social ou quelque autre solution.

b) Élaboration d'un plan

265. Deux questions importantes se posent à propos de l'élaboration du plan de redressement: à quel stade de la procédure le plan doit-il être élaboré et par qui? Un certain nombre de réponses différentes peuvent être apportées à chacune de ces questions.

266. Pour ce qui est de la première, la réponse dépend du but ou de l'objectif du redressement en question. Certaines lois partent du principe que le plan de redressement fait partie du dossier de demande d'ouverture de la procédure (lorsque la demande peut être appelée "proposition" de redressement), alors que d'autres en prévoient l'élaboration après l'ouverture de la procédure de redressement. L'un des inconvénients que peut présenter l'élaboration du plan avant l'ouverture de la procédure est que, si les créanciers et autres parties intéressées n'ont pas été

consultés, le plan sera peut-être difficilement applicable et risque de préjuger de l'orientation de la procédure et d'entraîner des retards.

267. S'agissant de la deuxième question, la responsabilité première de l'élaboration du plan peut revenir à différents participants à la procédure suivant la façon dont la loi est conçue et en particulier suivant le rôle assigné au représentant de l'insolvabilité, au débiteur et aux créanciers. Certaines lois mettent à la charge de ces parties l'obligation de coopérer à l'élaboration du plan. Pour déterminer à quelle partie devrait revenir la responsabilité première de l'élaboration du plan, il peut être souhaitable de trouver un équilibre entre la liberté accordée aux différentes parties d'élaborer le plan et les contraintes qui accompagnent nécessairement le processus: conditions d'approbation (de vote), délais fixés pour l'élaboration, modification du plan et autres considérations de procédure. Une approche souple, par opposition à une approche normative, aura plus de chance de déboucher sur cet équilibre, mais, dans l'intérêt de l'efficacité, de la sécurité et de la prévisibilité, il est souhaitable que la loi ne laisse pas totalement de côté ces questions.

268. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent que ce soit le débiteur qui établisse le plan de redressement. Une telle approche peut présenter l'avantage d'encourager les débiteurs à demander l'ouverture d'une procédure de redressement à un stade précoce de leurs difficultés et d'assurer que le meilleur parti sera tiré de la connaissance que celui-ci a de son entreprise et des mesures nécessaires pour la rendre à nouveau viable (bien que la liberté accordée au débiteur doive sans doute être mise en balance avec la nécessité d'obtenir la confiance des créances dans le débiteur et sa proposition). Le législateur pourrait donner au débiteur l'exclusivité de l'élaboration du plan de redressement, ou l'exclusivité jusqu'à l'expiration d'un délai déterminé que le tribunal serait habilité à proroger si cela améliorerait les chances de succès de la procédure de redressement. Lorsque l'élaboration du plan doit intervenir avant l'ouverture de la procédure, elle ne pourra être confiée qu'au débiteur, les créanciers n'ayant pas les informations nécessaires et n'étant, à ce stade, pas suffisamment organisés, et aucun représentant de l'insolvabilité n'ayant encore été désigné.

269. Le plan ne pouvant réussir que s'il est approuvé par la majorité requise des créanciers, il y a toujours un risque que le redressement échoue si le plan présenté par le débiteur n'est pas acceptable. Il se peut, par exemple, que les créanciers ne souhaitent approuver qu'un plan qui prive les actionnaires de la société débitrice d'une participation majoritaire au capital et, peut-être aussi, retire à la direction en place toute responsabilité en matière de gestion. Si le débiteur est le seul à pouvoir établir le plan et refuse d'envisager une telle formule, le redressement risque d'échouer au détriment des créanciers, des salariés et de la société débitrice. Pour parer à une telle éventualité, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que, si le débiteur ne présente pas un plan acceptable avant l'expiration d'un certain délai, la possibilité sera donnée aux créanciers de proposer leur propre plan (éventuellement par l'entremise d'un comité des créanciers (voir "Comités des créanciers")). Cette option peut donner les moyens de pression nécessaires pour inciter les parties à transiger.

270. Une troisième solution consisterait à donner au représentant de l'insolvabilité la possibilité d'élaborer le plan, en lieu et place du débiteur ou des créanciers, ou de participer à l'élaboration. Le représentant de l'insolvabilité ayant eu l'occasion de se familiariser avec l'entreprise du débiteur, il sera bien placé pour déterminer

quelles mesures sont nécessaires pour la rendre viable. L'importance d'une participation possible du représentant de l'insolvabilité ou des créanciers dépend de la conception générale de la loi. Dans les cas où le plan prend effet uniquement après avoir été approuvé par la majorité requise des créanciers, il aura plus de chance d'être approuvé s'il intègre des propositions acceptables pour les créanciers que s'il ne le fait pas. Cette considération n'entre pas en ligne de compte lorsque l'approbation des créanciers n'est pas nécessaire ou lorsque le tribunal peut, si elle n'est pas obtenue, décider de maintenir le plan. Si la possibilité peut être donnée à un certain nombre de parties d'élaborer le plan, il n'est généralement pas souhaitable que plusieurs plans soient élaborés simultanément, quoique, dans certains cas, cela puisse, malgré les risques de complication et d'inefficacité, favoriser l'élaboration d'un plan mutuellement acceptable.

271. Certaines lois disposent que le tribunal doit prendre l'avis de tiers, tels que des organismes publics et les syndicats, à propos du plan. Bien que cela puisse dans des cas d'espèce aider à élaborer un plan acceptable, il y a aussi là le risque qu'une telle procédure ne fasse traîner les choses, et elle n'est sans doute souhaitable que s'il y a des chances qu'elle soit profitable dans le cas d'espèce, et si elle est suivie de près et assortie de délais à respecter.

c) Contenu du plan

272. Dans la plupart des pays, la loi exige que le plan de redressement fasse connaître de façon suffisamment précise et claire à toutes les parties la situation financière de l'entreprise et les incidences qu'il pourrait avoir sur certains droits. S'agissant de la situation financière du débiteur, il faudrait sans doute inclure un état de l'actif et du passif et les tableaux des flux de trésorerie; le détail des propositions précises figurant dans le plan; le détail des sommes que recevraient les créanciers et les raisons pour lesquelles celles-ci seraient plus élevées qu'en cas de liquidation; et les raisons pour lesquelles l'entreprise serait capable de continuer son activité et pourrait être redressée avec succès. S'agissant des propositions devant figurer dans le plan, on pourrait inclure des informations sur le détail de la répartition des fonds; la continuation ou la résiliation des contrats qui ne sont pas entièrement exécutés et des baux qui ne sont pas arrivés à expiration; le règlement des créances; la vente de biens grevés; le dividende minimum à attribuer aux créanciers; la procédure d'information et d'acceptation; les droits liés aux créances contestées en matière de participation au vote et les dispositions prévues pour le règlement des litiges concernant ces créances; et les droits de vote et les pouvoirs des personnes liées au débiteur ("initiés"). La fourniture de ces informations va dans le sens de la transparence, qui est un objectif essentiel, et peut contribuer à donner aux créanciers confiance dans le processus. L'objectif de la transparence devra toutefois sans doute être concilié avec les préoccupations relatives à la confidentialité que peut susciter l'accès des créanciers à des informations financières et commerciales concernant le débiteur potentiellement sensibles, même si elles devraient de toute façon être rendues publiques lors de l'homologation du plan par un tribunal.

273. La question du contenu du plan est étroitement liée à celle de l'approbation et de l'effet de ce dernier. Le résultat du plan dépend de ce qui est faisable. Il faut, en d'autres termes, se demander si, sur la base des faits et circonstances connus et d'hypothèses raisonnables, le plan et le débiteur ont plus de chance de réussir que

d'échouer. Lorsqu'ils votent sur un plan, les créanciers doivent pouvoir s'assurer qu'il est réalisable et ne repose pas, par exemple, sur des hypothèses erronées ou laisse le débiteur dans une situation où il continue d'être surendetté. Afin de faciliter cette évaluation, le plan peut être accompagné du rapport d'un expert dont on est en droit d'attendre qu'il donne un avis crédible et impartial sur les mesures proposées dans le plan. Si les créanciers ne sont pas d'accord avec l'évaluation de l'expert, ils pourraient faire valoir leur point de vue en votant sur le plan ou par le biais d'un mécanisme permettant la modification de ce dernier. Le tribunal pourrait aussi prendre leur opinion en compte au moment de l'homologation du plan (là où celle-ci est exigée).

274. Le contenu du plan soulève également des questions liées à d'autres lois. Par exemple, si le droit national des sociétés interdit la conversion de créances en prises de participation, un plan prévoyant une telle conversion ne pourrait être approuvé. La conversion de créances en prises de participation pouvant être un élément important de l'opération de redressement, il faudrait supprimer cette interdiction pour qu'un plan puisse comporter des dispositions à cet effet et être approuvé. De même, si le plan se limite à une remise de dettes ou à un rééchelonnement des créances, il risque de ne pas recevoir des créanciers l'adhésion voulue pour aboutir. Certains dossiers d'insolvabilité soulèvent des questions aussi simples et non controversées concernant le rapport entre la loi sur l'insolvabilité et d'autres lois. D'autres dossiers peuvent soulever des questions plus complexes: celles des restrictions imposées concernant les investissements étrangers et du contrôle des changes (en particulier lorsque nombre de créanciers sont des non-résidents), celle du traitement qui doit être réservé aux salariés conformément à la législation du travail pertinente, par exemple, dans les cas où le redressement peut impliquer une modification des conventions collectives, ou encore, des questions liées au droit fiscal. Certaines lois sur l'insolvabilité permettent de lever, dans des circonstances bien déterminées, certaines restrictions figurant dans d'autres lois, et il est souhaitable, dans l'intérêt de la transparence et de la prévisibilité, que la loi sur l'insolvabilité traite expressément de la question de ses rapports avec d'autres lois.

d) Approbation et effets du plan

275. Les dispositions de la loi qui ont trait à l'approbation et aux effets du plan doivent concilier divers éléments antagonistes. D'une part, il peut être souhaitable de trouver un moyen d'imposer un plan convenu à une minorité de créanciers qui y sont opposés, en vue d'accroître les chances de succès du redressement. Dans la mesure où un plan peut être approuvé et exécuté malgré l'opposition de certains créanciers, il peut être nécessaire de veiller à ce que le plan protège convenablement ces créanciers et, en particulier, à ce que leurs droits ne puissent être injustement lésés. D'autre part, si la procédure d'approbation débouche sur un amoindrissement considérable des créances immédiatement recouvrables des créanciers sans qu'ils y aient consenti (en particulier les créanciers garantis), on court le risque que ceux-ci ne soient guère disposés à consentir des crédits à l'avenir.

i) Créances garanties et créances prioritaires

276. Dans de nombreux cas, les créances garanties représentent une part importante de la dette du débiteur, et différentes approches sont possibles pour ce qui est de l'approbation du plan par les créanciers garantis et prioritaires. L'une d'elles

consiste à introduire dans la loi des dispositions destinées à garantir qu'un plan approuvé ne puisse empêcher les créanciers garantis d'exercer leurs droits; il n'y a alors pas besoin de leur accorder le droit de vote puisque leurs intérêts ne risquent pas de pâtir de l'application du plan. Cette approche place les créanciers prioritaires dans une situation analogue: le plan ne peut amoindrir la valeur de leurs créances et ils sont en droit d'être intégralement désintéressés. Le problème qu'elle pose, toutefois, est qu'elle risque de réduire les chances de succès du redressement, en particulier lorsque les actifs qui garantissent la créance sont essentiels à la réussite du plan: si un créancier garanti, qui n'est pas lié par le plan, ou dont celui-ci prévoit le désintéressement intégral décide de faire valoir ses droits, il risque d'être impossible d'exécuter le plan. De même, dans certaines circonstances, la seule façon de donner au plan des chances de succès est de prévoir que les créanciers prioritaires recevront un montant inférieur à la valeur de leurs créances si le plan est approuvé.

277. Pour résoudre certaines de ces difficultés, la solution adoptée dans certains pays est de permettre aux créanciers garantis et aux créanciers prioritaires de se prononcer séparément sur un plan dont l'adoption risquerait d'amoindrir la valeur de leurs créances, ou de donner d'une autre façon leur consentement à être liés par le plan. La création, aux fins du vote, de catégories spéciales pour les créanciers garantis et les créanciers prioritaires se justifie par le fait que les droits et intérêts respectifs de ces créanciers diffèrent de ceux des créanciers chirographaires. Dans la mesure où une majorité se prononce en faveur du plan, tant dans la catégorie des créanciers garantis que dans celle des créanciers prioritaires, tous seront liés par le plan. En pareil cas, les lois exigent généralement que les créanciers qui se sont prononcés contre le plan reçoivent un montant au moins égal à celui qu'ils auraient obtenu en cas de liquidation. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également la possibilité que les créanciers garantis soient liés par le plan lorsque le tribunal l'ordonne, ce à quoi il est habilité s'il est convaincu, par exemple, que le désintéressement du créancier garanti à hauteur de la valeur de sa sûreté compromettra considérablement les chances de succès du plan et que la sûreté et les intérêts du créancier garanti seront suffisamment protégés par le plan.

ii) Créanciers chirographaires

278. Même si le vote des créanciers garantis ou des créanciers prioritaires n'est pas autorisé, il est souhaitable que les créanciers chirographaires aient effectivement les moyens de se prononcer sur le plan. Différents mécanismes peuvent être utilisés, mais quel que soit celui qui est retenu, il importe qu'il soit clairement exposé dans la loi sur l'insolvabilité, dans l'intérêt de la prévisibilité et de la transparence.

279. *Majorité requise.* Certaines lois fixent le seuil minimal d'adhésion qui est requis des créanciers chirographaires pour que ceux-ci soient liés par le plan, ainsi que les procédures de vote à appliquer pour déterminer cette adhésion. L'un des aspects importants est la façon dont les voix sont comptabilisées, le degré d'adhésion au plan pouvant être déterminé en fonction uniquement du pourcentage de la masse des créances que détiennent les créanciers favorables au plan ou en fonction également du nombre de ces créanciers. Certaines lois exigent, par exemple, que le plan ait l'adhésion de créanciers détenant au total les deux tiers de la masse des créances et de 50 % des créanciers. D'autres formules sont également appliquées. Même s'il est ainsi plus difficile d'obtenir l'approbation du plan, une

telle règle peut se justifier du fait qu'elle préserve le caractère collectif de la procédure. Par exemple, si un créancier détient à lui seul plus de 50 % de la masse des créances, elle empêchera qu'il n'impose le plan à tous les autres créanciers contre leur gré. De même, un grand nombre de petits créanciers ne peut imposer sa volonté à quelques créanciers détenteurs de très grosses créances. Un autre argument en faveur de cette règle est qu'elle contribue à faire en sorte que le plan bénéficie d'un appui suffisant pour pouvoir être appliqué avec succès.

280. Concernant les procédures de vote, de nombreux pays retiennent la méthode consistant à déterminer le taux d'adhésion en prenant uniquement en compte les suffrages exprimés, les créanciers qui n'ont pas participé au vote étant considérés comme ne s'intéressant guère à la procédure. Pour pratiquer une telle méthode, il faut prévoir des dispositions satisfaisantes en matière de notification et que celles-ci soient efficacement appliquées, en particulier lorsqu'il y a des non-résidents parmi les créanciers (voir ...).

281. *Catégories de créanciers.* Certains pays qui rangent dans des catégories à part les créanciers garantis et les créanciers prioritaires prévoient également différentes catégories de créanciers chirographaires. La création de ces catégories vise à améliorer les chances de succès du redressement au moins à trois égards en offrant: un moyen utile pour cerner les intérêts économiques divers des créanciers chirographaires; un cadre pour structurer le plan; et un moyen pour le tribunal de mettre à profit l'appui majoritaire requis d'une catégorie pour imposer le plan à d'autres catégories qui ne lui sont pas favorables. La création de différentes catégories pouvant compliquer la procédure de vote, elle n'est sans doute souhaitable que lorsqu'il y a des raisons impérieuses d'accorder un traitement particulier à certains créanciers chirographaires. Afin de déterminer la communauté d'intérêts, on pourra se fonder sur les critères ci-après: la nature des dettes ayant donné naissance aux créances; les recours ouverts aux créanciers en l'absence du plan de redressement et la mesure dans laquelle ceux-ci pourraient recouvrer leurs créances en les exerçant; le traitement des créances dans le cadre du plan de redressement; et le taux de recouvrement des créances que le plan entraînerait.

282. *Faculté d'imposer le plan.* Quelques pays qui prévoient le vote des créanciers garantis et des créanciers prioritaires et la création de différentes catégories de créanciers chirographaires disposent en outre d'un mécanisme (clause dite de "cram-down") grâce auquel l'appui d'une catégorie permettra de rendre le plan contraignant pour d'autres catégories (y compris celles des créanciers garantis et des créanciers prioritaires) sans leur consentement. La création de catégories et l'application de telles règles compliquent à la fois la loi sur l'insolvabilité et son application par le représentant de l'insolvabilité et le tribunal et peuvent exiger, par exemple, l'exercice d'un pouvoir d'appréciation considérable sur des questions économiques, comme lorsque le tribunal est appelé à classer les créanciers chirographaires en fonction de leurs intérêts économiques. Si ce pouvoir d'appréciation n'est pas exercé en connaissance de cause et de façon indépendante et prévisible, la confiance des créanciers risque de se trouver entamée.

283. *Actionnaires ou associés.* Dans certaines lois, le plan doit être soumis à l'approbation des actionnaires ou associés, du moins lorsqu'il aurait des incidences sur la forme sociale, la structure financière ou la répartition du capital. Au demeurant, lorsque la direction de l'entreprise propose un plan, il se peut que ses dispositions aient déjà été approuvées par les actionnaires (en fonction de

l'entreprise, cette condition peut être imposée par les statuts). Tel est souvent le cas lorsque le plan touche directement les actionnaires parce qu'il suppose des conversions de créances en prises de participation, soit par le transfert de parts de capital existantes, soit par la création de nouvelles parts ou actions.

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

iii) Créanciers liés aux débiteurs

285. [Vote pour l'approbation du plan]

iv) Effets du plan

286. Une fois le plan approuvé, différentes approches sont possibles sur la question de savoir à qui il s'impose. Dans certains régimes d'insolvabilité, seuls sont liés les créanciers qui ont pris part au vote, tandis que dans d'autres sont liés tous les créanciers chirographaires, les administrateurs et les actionnaires.

e) Homologation du plan par le tribunal

287. Tous les pays n'exigent pas l'homologation par le tribunal du plan approuvé par les créanciers; il suffit que le plan ait été approuvé par une majorité des créanciers. Même dans ce cas, le tribunal peut avoir un rôle à jouer lorsque le plan lui-même ou les moyens par lesquels il a été obtenu sont contestés par les créanciers minoritaires (voir "Contestation du plan").

288. Lorsque le plan doit être homologué par un tribunal (ou dans certains pays par une autorité administrative), on s'attend normalement à ce que le tribunal ou l'autorité administrative en question homologue un plan qui a été approuvé par la majorité requise des créanciers. De nombreux pays confèrent un rôle actif aux tribunaux en autorisant ceux-ci à ordonner qu'une catégorie de créanciers qui n'a pas approuvé le plan soit néanmoins liée par ce dernier ("binding in"). Le tribunal peut alors être appelé à jouer un rôle qui s'apparente à une formalité juridique. Il n'a pas à entrer dans les considérations commerciales sur la base desquelles le plan a été approuvé, mais à s'assurer que la décision des créanciers a été obtenue de façon régulière et qu'il a été satisfait aux préalables nécessaires. Le tribunal peut rejeter le plan au motif que les intérêts de créanciers qui s'y sont opposés ne sont pas suffisamment protégés (du fait, par exemple, qu'il n'ont pas reçu un montant aussi élevé que celui qu'ils auraient obtenu en cas de liquidation), ou que des irrégularités ont été commises dans le processus d'approbation.

289. Certaines lois laissent également au tribunal la possibilité de rejeter un plan au motif qu'il n'est pas réalisable. Cela 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 des créances garanties de ces derniers. Le tribunal peut, en pareil cas, rejeter le plan s'il considère que les créanciers garantis feront valoir les droits que leur confère leur sûreté, ce qui rendrait le plan impossible à exécuter. On peut chercher à parer à une telle éventualité dans les dispositions relatives à l'élaboration et à l'approbation du plan. Quel que soit le rôle prévu pour le tribunal concernant le

plan de redressement, il est souhaitable qu'il ne lui soit pas demandé d'examiner les considérations économiques et commerciales sur lesquelles repose la décision des créanciers, à moins qu'ils n'aient la compétence et l'expérience voulues pour se prononcer à ce sujet.

f) Contestation du plan

290. Puisqu'il est probable que tous les créanciers subissent un préjudice du fait de la procédure de redressement, un préjudice ou dommage plus élevé que celui subi par d'autres créanciers ou classes de créanciers sera généralement exigé pour justifier la contestation du plan. Certaines lois prévoient également la possibilité de contester le plan, et d'obtenir qu'il soit reconsidéré ou écarté, sur la base de critères établis pouvant servir à apprécier le bien-fondé de l'opposition de ces créanciers. Parmi ces critères, on peut citer le fait que l'approbation du plan a été obtenue par des manœuvres dolosives (par exemple, des informations fausses ou trompeuses ont été données ou des informations importantes n'ont pas été communiquées au sujet du plan de redressement), ou qu'il y a eu quelque irrégularité dans la procédure de vote (par exemple, des créanciers liés au débiteur ont participé au vote ou la résolution approuvant le plan allait à l'encontre des intérêts de l'ensemble des créanciers) ou dans la façon dont a été menée la réunion à laquelle le vote a eu lieu.

g) Modification du plan

291. Lorsque les voix requises pour l'approbation du plan de redressement ne sont pas obtenues, la loi peut prévoir un mécanisme permettant un réexamen du plan par les créanciers et la modification de celui-ci. On pourrait, par exemple, donner aux créanciers la faculté d'obtenir, à l'issue d'un vote où la majorité d'entre eux s'est prononcée dans ce sens, le report de la réunion à laquelle la décision concernant le plan devra être prise, s'il apparaît que de nouvelles négociations peuvent déboucher sur un résultat favorable ou pour chercher à résoudre des litiges et des questions en suspens. Comme dans tous les aspects de la procédure, cependant, il est souhaitable qu'un tel report ne soit possible que dans des circonstances bien circonscrites ou du moins qu'un nombre de fois limité, et peut-être aussi que des délais soient fixés afin de faciliter une issue rapide des renégociations et d'éviter les abus.

292. La loi peut aussi ménager la possibilité de modifier le plan après son approbation si un problème majeur survient en cours d'exécution ou s'il s'avère impossible à exécuter. Dans de nombreuses législations, le plan peut être modifié si cela est dans l'intérêt des créanciers. Dans les cas où le tribunal a homologué le plan initial, l'homologation du plan modifié peut aussi être exigée.

h) Exécution du plan

293. La plupart des plans peuvent être exécutés sans qu'il y ait besoin de quelque autre intervention. Mais il peut parfois être nécessaire que l'exécution soit supervisée ou contrôlée par une personne indépendante. Dans plusieurs pays, le tribunal continue de superviser le débiteur après l'approbation et la confirmation du plan jusqu'à ce que l'exécution de celui-ci soit achevée. Cela peut être important lorsque des questions d'interprétation de l'exécution ou des obligations du débiteur ou autres se posent. Certains pays permettent au tribunal d'autoriser la poursuite de la supervision des affaires du débiteur, à divers degrés par un contrôleur ou représentant de l'insolvabilité après la confirmation du plan.

i) Non-approbation ou échec du plan

294. Dans les cas où un plan n'est pas approuvé ou échoue en cours d'exécution et si, dans ces deux cas, le problème ne peut être résolu en modifiant le plan, différentes possibilités peuvent être envisagées. Certaines lois sur l'insolvabilité partent du principe que si les créanciers n'ont pas approuvé le plan, c'est le signe qu'ils sont en faveur de la liquidation. Une telle approche peut encourager les débiteurs à proposer un plan acceptable, mais il est souhaitable de prévoir des garde-fous pour empêcher les abus dans les cas où la liquidation ne serait pas dans l'intérêt de tous les créanciers.

295. Lorsque l'échec du plan est irrémédiable, la loi peut prévoir la conversion du redressement en liquidation. Cette approche a certes le mérite de lever l'ambiguïté quant à l'issue ultime de la procédure, mais elle risque aussi d'entraîner de nouveaux retards et une perte de valeur des actifs de la masse, si bien qu'au bout du compte, la liquidation sera moins favorable aux créanciers que ne l'aurait été le redressement. Une autre solution serait de considérer que la procédure d'insolvabilité a atteint son terme et de laisser les créanciers chercher individuellement à défendre leurs intérêts. Une telle approche ne résout pas les difficultés financières du débiteur et pourrait aboutir à la course aux actifs que l'ouverture de la procédure collective cherchait à éviter. 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 n'a pu être élaboré. Il ne faut pas perdre de vue qu'il arrive nécessairement un moment où il importe de privilégier la recherche de ce qui est faisable par opposition à la recherche du résultat qui servirait le mieux les intérêts de l'ensemble des créanciers, et il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité soit suffisamment souple pour permettre de prendre ce virage.

j) Conversion en liquidation

296. Il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie un mécanisme pour convertir la procédure de redressement en procédure de liquidation dans un certain nombre de circonstances pouvant survenir au cours de la procédure de redressement, par exemple lorsqu'il est établi qu'il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce que le redressement soit un succès ou lorsqu'il s'avère que le débiteur abuse de la procédure de redressement en ne coopérant pas avec le représentant de l'insolvabilité (par exemple, en faisant de la rétention d'informations) ou en faisant montre de quelque autre façon de mauvaise foi (par exemple, en opérant des transferts frauduleux). Le représentant de l'insolvabilité étant celui qui, après le débiteur ou la direction de l'entreprise débitrice, connaît le mieux cette dernière et est donc souvent en mesure de se rendre compte à un stade précoce si elle est ou non viable, il peut jouer un rôle clef dans la conversion. Il peut aussi être raisonnable de permettre aux créanciers ou au comité des créanciers (s'il en a été constitué un) de demander au tribunal de convertir la procédure pour les mêmes motifs. On pourrait aussi habiliter le tribunal à prendre l'initiative de la conversion.

297. Plusieurs approches peuvent être adoptées afin d'empêcher qu'il ne soit abusé de la procédure de conversion. L'une des possibilités est de fixer un délai, non prorogeable par le tribunal, à l'expiration duquel la procédure de redressement doit être terminée (par exemple, 120 jours à compter de l'ouverture de la procédure). Un tel délai pourrait servir de catalyseur pour accélérer l'élaboration et l'approbation

du plan, ce qui serait un avantage, mais il risque aussi de s'avérer inutile ou injustifié dans certains cas (tels que dans celui de très grosses insolvabilités où l'élaboration du plan peut prendre plus de 12 mois) et de faire capoter, en raison des rigidités qu'il introduit, un redressement qui aurait par ailleurs pu réussir. Une variante de cette approche, qui donnerait aux créanciers plus de prise sur la procédure, serait de fixer un délai initial (de 60 à 90 jours par exemple) qui ne pourrait être prorogé qu'à l'issue d'un vote favorable des créanciers (se fondant par exemple sur un rapport du représentant de l'insolvabilité ou d'un expert indépendant concernant la faisabilité du redressement) mais qui, en tout état de cause, ne pourrait pas s'étendre au-delà d'une certaine limite (par exemple, 120 jours).

k) Remise de dettes au réaménagement de créances

298. Afin de donner à l'entreprise faisant l'objet d'un plan de redressement les meilleures chances de succès, la loi sur l'insolvabilité peut sanctionner les remises de dettes ou réaménagements de créances prévues dans le plan. Cette approche va dans le sens de l'objectif de la sécurité commerciale en conférant un caractère obligatoire aux remises de dettes ou, annulations ou réaménagements de créances 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 au processus. Il donne aussi aux autres bailleurs de fonds et investisseurs l'assurance qu'ils ne se trouveront pas impliqués dans une liquidation imprévue ou dans une situation dans laquelle des créances cachées ou non divulguées entreraient en concurrence avec eux. Il est ainsi bien clair qu'il n'y a aucune incompatibilité entre la remise de dettes et les droits des créanciers au regard de la loi.

l) Fin du plan

299. Le plan de redressement est normalement réputé terminé lorsqu'il a été pleinement exécuté ou lorsque le tribunal ordonne qu'il y soit mis fin en raison d'un défaut d'exécution. Dans ce dernier cas, afin d'éviter que le débiteur ne reste insolvable, sa situation financière n'ayant pas été résolue, le tribunal peut aussi ordonner la conversion de la procédure en liquidation.

2. Plans de redressement – résumé et recommandations

1) Les dispositions ayant trait au plan de redressement ont pour objet:

- a) de faciliter les négociations entre le débiteur, ses créanciers et les autres parties intéressées aux fins de résoudre les difficultés financières du débiteur dans le cadre d'un plan de redressement;
- b) de faire en sorte que tous les créanciers et le débiteur soient liés par le plan de redressement;
- c) de permettre l'exécution du plan de redressement;
- d) d'indiquer ce qu'il adviendra s'il n'est pas proposé de plan acceptable, si l'approbation des créanciers ne peut être obtenue, ou si l'exécution du plan échoue;
- e) de convertir la procédure en liquidation dans certaines circonstances;
- f) de sanctionner la remise de dettes ou le réaménagement des créances.

- 2) Le plan de redressement peut être proposé lors du dépôt de la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou après l'ouverture de la procédure. Lorsque le plan doit être proposé lors du dépôt de la demande, il est nécessairement élaboré par le débiteur.
- 3) Lorsque le plan de redressement doit être élaboré après l'ouverture de la procédure, il importe que l'approche adoptée dans la loi sur l'insolvabilité en ce qui concerne l'élaboration du plan soit souple et permette la participation de toutes les parties au cœur de la procédure d'insolvabilité: le débiteur, les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Par exemple, elle pourrait donner au débiteur l'exclusivité de la proposition d'un plan jusqu'à l'expiration d'un certain délai, mais à condition qu'il consulte les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Si, à l'expiration de ce délai, le débiteur n'a pas été en mesure de proposer un plan acceptable, un ou plusieurs créanciers, ou le comité des créanciers, en consultation avec le représentant de l'insolvabilité, ou le représentant de l'insolvabilité lui-même pourraient se voir donner la possibilité de proposer un plan.
- 4) La loi sur l'insolvabilité pourrait spécifier le contenu minimum du plan de redressement, compte tenu des dispositions d'autres lois pertinentes. Ce contenu minimum pourrait être [*un état de la situation financière du débiteur, y compris un état de l'actif et du passif et les tableaux des flux de trésorerie; l'exposé détaillé des propositions figurant dans le plan; l'indication de ce que les créanciers recevraient (et les raisons pour lesquelles ils recevraient plus qu'en cas de liquidation); et l'exposé des raisons pour lesquelles l'entreprise serait en mesure de poursuivre ses activités et pourrait être redressée avec succès*].
- 5) Aux fins d'un plan de redressement, les créanciers peuvent être répartis dans des catégories selon la nature et le contenu de leurs droits respectifs.
- 6) Un plan de redressement est approuvé s'il est appuyé:
 - a) par la majorité dans les catégories de créanciers prioritaires et de créanciers garantis (lorsque le plan proposé a une incidence sur leurs droits);
 - b) par la majorité dans les catégories de créanciers chirographaires;
 - c) par la majorité des actionnaires de l'entreprise débitrice (lorsque le plan proposé a une incidence sur leurs droits).
- 7) Aux fins de l'approbation, la majorité est constituée par la moitié du nombre de créanciers ayant effectivement pris part au vote et les deux tiers des créances que ceux-ci détiennent respectivement.
- 8) La loi peut prévoir que si le plan de redressement a été approuvé par la majorité des créanciers, il s'impose à ceux qui sont contre (clause dite de "cram-down").
- 9) La loi peut prévoir l'homologation du plan de redressement par un tribunal ou un organe administratif compétent pour rendre le plan opposable aux créanciers. Le tribunal pourrait être habilité à homologuer le plan à condition que:
 - a) les intérêts des créanciers qui y sont opposés soient convenablement protégés;
 - b) le plan soit réalisable;

c) [autre condition].

10) Les créanciers qui ne sont pas favorables au plan peuvent s'y opposer lorsque l'approbation du plan a été obtenue par des manœuvres dolosives (telles que la fourniture d'informations fausses ou trompeuses ou la rétention d'informations importantes concernant le plan de redressement), ou que la procédure de vote est entachée d'une quelconque irrégularité (telle que la participation de créanciers liés au débiteur ou l'incompatibilité de la résolution approuvant le plan avec les intérêts de l'ensemble des créanciers).

11) Le tribunal devrait être habilité à superviser l'exécution du plan ou à en autoriser la supervision par un contrôleur ou par le représentant de l'insolvabilité, si cela est nécessaire.

12) Des dispositions devraient être prises afin de permettre la modification du plan si celui-ci n'obtient pas le taux d'adhésion nécessaire à son approbation, ou après l'approbation, si l'exécution du plan échoue ou s'avère impossible.

13) La loi sur l'insolvabilité devrait aborder la question de la remise des dettes ou du réaménagement des créances sur la base de la façon dont celles-ci sont traitées dans le plan de redressement.

14) La loi sur l'insolvabilité devrait disposer que le plan prend fin quand son exécution est achevée ou, lorsque l'exécution échoue et que le plan ne peut être modifié, que la procédure est alors convertie en liquidation.