



# Assemblée générale

Distr.: Limitée  
15 octobre 2002\*

Français  
Original: Anglais

## Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

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

### Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

#### Note du secrétariat

#### Table des matières

*[L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 9; les sections A et B du chapitre IV sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10; et les chapitres V à VII dans les additifs suivants]*

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Deuxième partie ( <i>suite</i> )		
IV. Participants et institutions . . . . .	260-303	2
C. Créanciers . . . . .	260-295	2
1. Catégories de créanciers . . . . .	260-262	2
2. Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité . . . . .	263-295	3
Recommandations . . . . .	(106)(120)	12
D. Cadre institutionnel . . . . .	296-303	15

\* Document présenté tardivement car il a fallu achever les consultations et modifier le texte en conséquence.



*Les numéros de paragraphe entre crochets renvoient aux paragraphes pertinents de la précédente version du Guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.*

*Les numéros de recommandation entre crochets renvoient aux recommandations pertinentes publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, auxquelles des ajouts – indiqués par un soulignement dans le présent document – ont été apportés.*

## **Deuxième partie (suite)**

### **IV. Participants et institutions**

#### **C. Créanciers**

##### **1. Catégories de créanciers**

260. [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 extracontractuelle (dont la participation sera généralement moins fréquente). Aussi, [214] les droits des créanciers seront-ils régis par plusieurs lois différentes.

261. [214] 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 peuvent avoir des droits concurrents, 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 l'objectif d'un traitement équitable. 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 l'égalité de traitement, de sauvegarder les intérêts commerciaux légitimes et de favoriser la prévisibilité dans les 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, il est souhaitable que les considérations d'ordre public justifiant l'octroi d'une telle priorité soient clairement exposées dans la loi sur l'insolvabilité. En l'absence d'égalité de traitement, cette approche permettra au moins d'assurer une certaine transparence et une certaine prévisibilité pour ce qui est des créances (voir deuxième partie, chap. VI.A) et de la répartition (voir deuxième partie, chap. VI.C).

262. [216] On distingue généralement trois catégories de créanciers d'un débiteur insolvable: les créanciers garantis, les créanciers privilégiés ou prioritaires et les créanciers chirographaires ou ordinaires. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, les salariés constituent une catégorie à part.

*[NOTE AU GROUPE DE TRAVAIL: Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si le Guide devrait fournir des informations sur les différents types de créanciers et leurs droits. Il pourrait examiner s'il serait utile, par exemple, d'exposer brièvement dans cette partie du Guide les incidences que la procédure d'insolvabilité peut avoir sur les créanciers garantis. La question du classement des créances est abordée au chapitre VI.C.]*

## **2. Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité**

### **a) Introduction**

263. [192] Les créanciers ont d'importants intérêts en jeu dans l'entreprise débitrice une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. En règle générale, ces intérêts sont protégés par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité. En outre, 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 par des personnes qu'ils peuvent considérer comme n'ayant guère d'expérience ou de compétence dans le type d'activité exercée par l'entreprise ou comme manquant d'indépendance, selon la façon dont le représentant de l'insolvabilité est nommé. Ils sont souvent bien placés pour fournir des conseils et une aide concernant l'entreprise débitrice et pour surveiller les faits et gestes du représentant de l'insolvabilité, ce qui permet de parer à d'éventuels abus de la procédure d'insolvabilité et d'éviter des frais d'administration excessifs.

### **b) Degré de participation des créanciers au processus de décision**

264. [194] Il existe divers degrés possibles de participation des créanciers au processus de décision dans la procédure d'insolvabilité, les approches et les mécanismes dans ce domaine variant considérablement d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. Une première approche consiste à n'autoriser qu'une participation limitée en prévoyant que le représentant de l'insolvabilité prendra toutes les décisions clefs sur les questions générales d'administration non sujettes à contestation, les créanciers jouant un rôle minime et n'exerçant guère d'influence. Le faible degré de participation des créanciers peut ici être compensé par les obligations mises à la charge du représentant de l'insolvabilité, notamment celle de préserver la valeur et la sécurité de la masse au profit ultime de l'ensemble des créanciers. Une telle approche peut être efficace lorsque la procédure est conduite par un représentant de l'insolvabilité expérimenté, car elle évite les éventuels retards et les frais liés à la gestion de la participation des créanciers, et lorsque le régime de l'insolvabilité régit strictement la procédure et l'intervention des différentes parties prenantes.

265. [195] D'autres approches consistent à confier aux créanciers un rôle plus important dans la procédure, rôle qui peut aller de la participation à une première réunion où sont examinées certaines questions à une collaboration permanente pouvant les amener à exercer une simple fonction consultative ou à approuver certains actes et décisions du représentant de l'insolvabilité – concernant par exemple la vente de biens importants, la vérification des créances et l'approbation des rapport et compte finals du représentant – voire à assumer au premier chef la responsabilité de certaines fonctions d'administration. Les créanciers peuvent également demander au tribunal la révocation et le remplacement du représentant de l'insolvabilité si ce dernier ne s'est pas acquitté de ses fonctions et obligations ou a fait preuve de négligence. Ils peuvent aussi demander ou recommander l'intervention du tribunal, par exemple recommander la conversion du redressement en liquidation ou encore l'engagement d'une action en annulation par la masse de l'insolvabilité ou par les créanciers au nom de la masse. S'agissant des frais, les créanciers peuvent également jouer un rôle en contrôlant les dépenses d'administration et la rémunération du représentant de l'insolvabilité.

266. [196] Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient un degré de participation différent selon qu'il s'agit d'une liquidation ou d'un redressement. En cas de liquidation, bien que d'une manière générale il ne soit peut-être pas important que les créanciers interviennent dans la procédure ou participent au processus de décision, ils peuvent être une source précieuse d'avis autorisés et d'informations sur l'entreprise débitrice, en particulier lorsque celle-ci doit être cédée en vue de la poursuite de son activité. Il peut être souhaitable de faire rapport aux créanciers sur le déroulement de la liquidation de sorte que la procédure leur inspire confiance et soit transparente. En cas de redressement, en revanche, la contribution des créanciers est à la fois utile et nécessaire, car c'est d'eux que dépendront généralement l'acceptation et le succès du plan de redressement.

267. S'agissant des mécanismes de participation, certaines lois sur l'insolvabilité autorisent la participation des créanciers dans leur ensemble. D'autres prévoient la création d'un comité (au sein duquel siègent parfois, outre des créanciers, des actionnaires et éventuellement d'autres parties intéressées) pour faciliter leur participation à l'administration de la masse. Le comité sera généralement constitué d'un nombre restreint de créanciers (dans certaines lois, ce nombre est spécifié). D'autres lois encore prévoient la nomination d'une seule personne chargée de représenter certains groupes de créanciers (tels que des groupes détenant au moins 10 % des créances). Par exemple, un pays a introduit ce type de disposition dans sa législation afin d'assurer une participation plus rapide et plus ordonnée des créanciers et d'éviter les retards et litiges auparavant fréquents.

268. [198] Une question importante qu'il faudra peut-être examiner lorsqu'une loi sur l'insolvabilité confie un rôle actif aux créanciers est celle de savoir comment surmonter l'apathie de ces derniers et les encourager à participer. Il n'est pas rare que des créanciers estiment, même lorsque la législation de l'insolvabilité les autorise à participer activement, qu'ils n'auront rien à gagner d'une telle participation, surtout si les remboursements ont peu de chances d'être élevés et s'ils risquent en fait de perdre encore plus de temps et d'argent en intervenant dans la procédure. La législation de l'insolvabilité peut en partie régler ce problème fréquent en conciliant les différents intérêts des parties prenantes (voir, par exemple, deuxième partie, chap. IV.A.2) et grâce à des mesures spécifiques concernant

notamment la sélection des membres du comité des créanciers et les fonctions devant être exercées par ce dernier (ou par les créanciers dans leur ensemble lorsqu'il n'y a pas de comité des créanciers) (voir ci-dessous).

**c) Collectivité des créanciers [ensemble des créanciers]**

269. Lorsque les créanciers dans leur ensemble ont l'obligation ou l'autorisation de participer à la procédure, la loi sur l'insolvabilité devrait énoncer clairement leurs pouvoirs et fonctions et prévoir les modalités de convocation de leurs réunions. Il est également souhaitable qu'elle détermine la mesure dans laquelle les créanciers garantis peuvent ou devraient participer à ces réunions; par exemple, certaines lois exigent des créanciers garantis qu'ils restituent leur sûreté pour pouvoir participer à la procédure et voter en tant que membres de la collectivité des créanciers.

*i) Fonctions*

270. Comme cela est indiqué plus haut, les fonctions exercées par les créanciers varient considérablement d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre. Dans certains cas, les créanciers remplissent une fonction consultative générale, le représentant de l'insolvabilité pouvant leur soumettre des questions sans toutefois être lié par leurs décisions. Dans d'autres, les créanciers peuvent se voir confier des fonctions particulières concernant la conduite de la procédure, lesquelles impliquent parfois une coopération et une coordination avec le représentant de l'insolvabilité. Ainsi, il arrive que ce dernier soit tenu de consulter les créanciers avant de prendre une décision ou que le pouvoir décisionnel soit entre les mains des créanciers. Les créanciers peuvent également être amenés à superviser les actes et décisions du représentant de l'insolvabilité. Les questions pouvant présenter un intérêt pour eux sont notamment les suivantes: maintien de l'entreprise en liquidation; financement postérieur à l'ouverture de la procédure; vérification des créances; rémunération des professionnels, y compris du représentant de l'insolvabilité; sort des procédures judiciaires auxquelles le débiteur était partie à l'ouverture de la procédure; examen et approbation d'un plan de redressement; nomination d'un comité ou de représentants des créanciers; supervision des actes du représentant de l'insolvabilité; répartition des biens; et examen (et approbation) des rapport et compte finals du représentant de l'insolvabilité.

271. Lorsque le représentant de l'insolvabilité n'est pas lié par les décisions des créanciers, les lois sur l'insolvabilité comportent souvent des dispositions l'obligeant à demander l'approbation du tribunal pour certains actes ou autorisant les créanciers à saisir le tribunal pour que celui-ci lui donne des instructions contraignantes (ou le remplace s'il ne s'acquitte pas de ses obligations ou agit de toute autre manière au détriment des créanciers). En cas de litige entre les créanciers et le représentant de l'insolvabilité, de nombreuses lois font prévaloir les décisions émanant des réunions de créanciers. Dans la même optique, certaines lois exigent que les créanciers soient consultés sur toute décision devant être soumise à l'approbation du tribunal.

272. Quelles que soient les fonctions revenant à la collectivité des créanciers, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité indique clairement si celle-ci est tenue de les remplir toutes ou si certaines d'entre elles sont discrétionnaires, mais également quel type de relation les créanciers doivent entretenir avec le représentant de l'insolvabilité dans l'exercice de ces fonctions.

*ii) Réunions des créanciers*

273. De nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient la possibilité pour les créanciers d'exercer leurs fonctions dans le cadre d'assemblées générales (à distinguer des réunions du comité éventuellement constitué pour exercer certaines fonctions au nom de la collectivité des créanciers). Comme on l'a vu plus haut (deuxième partie, chap. II.B), la législation de l'insolvabilité devrait exiger que l'ouverture de la procédure soit notifiée aux créanciers (personnellement, par voie de publicité ou de toute autre manière) et que cette notification contienne des informations sur un certain nombre de points, notamment sur la première réunion des créanciers devant être convoquée par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité dans un délai prescrit (pouvant aller de cinq jours à un mois) après la date d'ouverture de la procédure.

274. On trouve, suivant les lois sur l'insolvabilité, différentes approches en ce qui concerne les réunions subséquentes de la collectivité des créanciers. Plusieurs lois prévoient uniquement la tenue d'une réunion initiale, d'autres la convocation de réunions subséquentes par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité à des fins spécifiques, et d'autres encore la possibilité pour les créanciers ou le représentant de l'insolvabilité, et dans un petit nombre de cas le débiteur, de convoquer des réunions selon les besoins. Lorsque les créanciers sont autorisés à convoquer une réunion, la législation peut soumettre l'exercice de ce pouvoir à certaines limitations ou conditions, par exemple l'inaction du représentant de l'insolvabilité ou l'expiration d'un délai déterminé après qu'une mesure particulière aurait dû être prise dans le cadre de la procédure ou après que le représentant a accompli certains actes ou pris certaines décisions. Certaines lois prévoient également que seuls les créanciers détenant un certain pourcentage du total des créances ont le droit de convoquer une réunion (par exemple 10 % de la valeur des créances ou encore au moins 25 % de l'ensemble des créances ou des créances chirographaires). Une autre approche consiste à autoriser toute partie intéressée à demander au tribunal d'ordonner la convocation d'une réunion de créanciers.

275. Il est souhaitable que tous les créanciers aient le droit d'être entendus sur les questions devant être abordées lors d'une réunion. Lorsqu'un vote de la collectivité des créanciers est requis, il est bon que la loi sur l'insolvabilité établisse les règles et mécanismes de vote correspondants. Il sera sans doute souhaitable aussi que la loi permette aux créanciers d'établir des règles pour la conduite de leurs réunions lorsque cela peut faciliter leur participation et leur être utile dans l'exercice des fonctions qui leur ont été confiées dans le cadre de la procédure.

**d) Comité des créanciers**

276. [193] Dans certains cas, la constitution d'un comité des créanciers ou l'élection d'un représentant des créanciers peut être un moyen de faciliter la participation de ces derniers à la procédure, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement. La constitution d'un comité des créanciers (ou une forme similaire de représentation des créanciers) n'est certes pas indispensable dans tous les cas d'insolvabilité mais elle sera sans doute indiquée lorsque les créanciers sont très nombreux, qu'ils ont des intérêts très divers ou que d'autres caractéristiques de la procédure rendent cette approche souhaitable ou nécessaire (par exemple, pour limiter les retards et les frais). Certaines lois sur l'insolvabilité laissent aux créanciers le soin de décider de constituer ou non un comité, tandis que d'autres

donnent la possibilité au tribunal de constituer un tel comité pour l'aider à superviser les actes accomplis par le représentant de l'insolvabilité. En cas de constitution d'un comité, il faudra déterminer dans quelle mesure ses frais de fonctionnement seront supportés par la masse de l'insolvabilité. Certaines législations autorisent les créanciers à créer des comités informels qui ne sont pas officiellement reconnus par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité et dont les frais ne sont pas remboursés sur la masse. D'autres disposent que les créanciers peuvent nommer un représentant mais doivent prendre à leur charge les frais que cela entraîne. Un certain nombre de lois prévoient en revanche que les frais du comité des créanciers doivent être imputés sur la masse. Cette question est étroitement liée au rôle du comité, à la mesure dans laquelle les fonctions confiées aux créanciers par la loi sur l'insolvabilité peuvent être exercées par un comité et aux facteurs rendant ou non nécessaire la constitution d'un comité dans telle ou telle procédure.

*i) Créanciers pouvant être nommés pour faire partie du comité*

277. [199] La composition du comité des créanciers fait l'objet de différentes approches. Une première question à se poser est sans doute de savoir quels créanciers seront autorisés à y siéger. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent, par exemple, que seuls peuvent être nommés au comité les créanciers dont les créances ont été admises (par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité, selon la procédure d'admission), tandis que d'autres prévoient la constitution d'un comité provisoire, ouvert à tous les créanciers, en attendant que toutes les créances aient été vérifiées et admises. D'autres encore imposent des restrictions concernant le lieu de situation des créanciers pouvant siéger au comité. [205] Pour garantir l'égalité de traitement des créanciers, toutefois, il peut être souhaitable que des créanciers tels que ceux dont les créances n'ont été que provisoirement admises et les créanciers étrangers soient autorisés à siéger au comité.

278. Une deuxième question est de savoir quelles catégories de créanciers doivent être représentées. [199] 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 différents types de créanciers ne convergent pas forcément et que laisser les créanciers garantis participer au processus décisionnel du comité, et éventuellement en déterminer l'issue, n'est pas nécessairement opportun et ne sert pas toujours les intérêts des autres créanciers.

279. [200] D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient la représentation des deux types 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 doivent y être représentés, faute de quoi ils se trouveraient exclus de la prise de décisions importantes qui peuvent porter atteinte à leurs intérêts. Selon une autre approche, la loi sur l'insolvabilité ne préciserait pas quels créanciers devraient être représentés dans un cas donné, mais autoriserait les créanciers à choisir collectivement leurs propres représentants sur la base du consentement à siéger au comité (compte tenu du problème de l'apathie des créanciers qui n'est pas rare) et prévoirait l'élargissement ou la réduction du comité selon les besoins. Lorsque les types de créanciers devant être représentés sont trop divers pour que leurs intérêts puissent être défendus par un

seul et même comité, comme cela peut être le cas pour des groupes d'intérêts particuliers, tels que les titulaires de créances fondées sur la responsabilité extracontractuelle et les actionnaires, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la constitution de différents comités pour représenter ces différents intérêts. Il est cependant souhaitable que cette possibilité ne soit utilisée que dans des cas particuliers, de manière à éviter des dépenses inutiles et un mécanisme de représentation trop compliqué.

280. [201] La participation des actionnaires ou des propriétaires de l'entreprise débitrice ainsi que des créanciers ayant des liens privilégiés 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 sont pas directement au courant de 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 directement accès. Il peut alors y avoir des raisons impérieuses d'autoriser les actionnaires à participer par l'intermédiaire de leur propre comité. D'autres créanciers pouvant avoir un conflit d'intérêts (par exemple, des concurrents du débiteur qui auraient un intérêt personnel susceptible de compromettre leur impartialité dans l'exercice de fonctions au sein du comité) ne devraient sans doute pas être admis non plus de sorte que le comité puisse s'acquitter de ses fonctions au nom de la collectivité des créanciers en toute impartialité et indépendance.

281. [202] On peut également s'interroger sur la participation de parties ayant acheté les créances de créanciers. Ces acheteurs peuvent avoir des liens privilégiés 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 une partie ayant des liens privilégiés avec le débiteur, la question est de savoir si l'acheteur devrait être fondé à se prévaloir de la valeur nominale initiale de la créance ou uniquement du montant effectivement payé pour l'acquérir (lorsque ces deux montants diffèrent), ce qui peut avoir une incidence sur le droit de vote lorsque celui-ci dépend directement de la valeur des créances.

282. [203] Afin d'éviter tout problème, la loi sur l'insolvabilité pourrait indiquer expressément quelles parties ne sont pas habilitées à siéger dans un comité des créanciers ou à voter sur certaines questions, comme le choix d'un représentant de l'insolvabilité ou l'approbation d'un plan de redressement.

*ii) Constitution d'un comité des créanciers*

283. [204] Lorsque la loi prévoit la création de comités des créanciers, elle précise souvent les modalités de constitution, la nature et l'étendue des fonctions, et le mode de fonctionnement, et règle souvent aussi des questions telles que les droits de vote, le quorum et le déroulement des réunions, ainsi que le remplacement des membres. Il 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.



284. [206] Les membres du comité peuvent être nommés de différentes manières, qui dépendent dans une large mesure des fonctions incombant à ce dernier. Dans de nombreux cas, ce sont les créanciers dans leur ensemble qui nomment les membres du comité, généralement à leur première réunion ou après avoir reçu du représentant de l'insolvabilité des informations préliminaires sur le débiteur. La nomination des membres du comité par les créanciers peut favoriser la confiance de ces derniers dans la procédure et les encourager à y participer. Certaines lois autorisent le tribunal à désigner les membres du comité, soit d'office soit à la demande des créanciers ou du représentant de l'insolvabilité. Cette approche peut présenter plusieurs inconvénients, notamment celui de donner une impression de partialité et de manque d'équité et de transparence; de susciter la méfiance des créanciers à l'égard d'un système qui ne les encourage pas ou ne les autorise pas à intervenir dans le choix de leurs propres représentants; et de ne pas être de nature à résoudre le fréquent problème de l'apathie des créanciers. Elle peut en revanche contribuer à simplifier la procédure de constitution du comité et à réduire les risques de litiges entre créanciers. Le choix entre ces différentes approches peut dépendre de la mesure dans laquelle le tribunal supervise la procédure et intervient régulièrement, ainsi que de la mesure dans laquelle les créanciers sont tenus de jouer un rôle actif en s'acquittant de fonctions qui ne se limitent pas à la fourniture de conseils au représentant de l'insolvabilité.

285. [205] Pour faciliter l'administration 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 et, dans certains cas, pas plus de trois ou cinq personnes – lorsque le comité ne représente que les créanciers chirographaires, il n'est parfois ouvert qu'aux principaux créanciers de ce type. On peut identifier ces créanciers de différentes manières, notamment en demandant au débiteur d'en établir la liste. [207] Pour veiller à ce qu'il s'acquitte de l'obligation qui est la sienne de représenter équitablement les créanciers, il peut être souhaitable que le comité soit contrôlé, éventuellement par le représentant de l'insolvabilité ou le tribunal, lorsque la loi sur l'insolvabilité lui confie un rôle important.

*iii) Fonctions d'un comité des créanciers*

286. En règle générale, le comité agira au nom de la collectivité des créanciers: ses fonctions seront donc directement liées aux fonctions de cette dernière. Les pouvoirs et attributions qui lui sont conférés ne devraient pas priver la collectivité des créanciers du droit de participer à la procédure ou d'intervenir dans celle-ci de toute autre manière. Le plus souvent, les législations de l'insolvabilité prévoient que le comité des créanciers conseille le représentant de l'insolvabilité, tient avec lui des consultations ou éventuellement le supervise et [208] accomplit un certain nombre de tâches spécifiques, telles que suivre le déroulement de l'affaire (le comité pouvant être amené à demander des informations au représentant de l'insolvabilité), mener des consultations avec d'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 de biens importants et l'élaboration du plan de redressement. Pour s'acquitter de ses fonctions, le comité peut avoir besoin d'une assistance administrative et d'une assistance spécialisée. À cette fin, on peut lui donner la possibilité de demander au représentant de l'insolvabilité ou à la collectivité des créanciers l'autorisation de recruter un(e) secrétaire et, si les

circonstances l'exigent, des consultants et des spécialistes. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que la rémunération de ces professionnels sera imputée sur la masse de l'insolvabilité, tandis que d'autres imposent aux créanciers l'obligation de (prendre en charge) leurs propres frais de participation à la procédure.

*iv) Responsabilité du comité des créanciers*

287. [209] Le comité aurait des obligations envers l'ensemble des créanciers. Il n'aurait pas d'obligation redditionnelle ni 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 les actes accomplis et les décisions prises par eux en qualité de membres du comité, sauf si l'on constate qu'ils ont commis des irrégularités ou ont manqué à une obligation fiduciaire envers les créanciers qu'ils représentent, par exemple en tirant profit de l'administration de la masse ou en acquérant des biens de la masse sans autorisation préalable du tribunal. En ce qui concerne le niveau de responsabilité du comité, il faut sans doute trouver un juste milieu entre un niveau trop élevé qui favorisera l'apathie des créanciers et risque en fait de 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.

*v) Révocation et remplacement des membres du comité*

288. Il faudra peut-être que la loi sur l'insolvabilité traite des motifs pouvant justifier la révocation d'un membre du comité des créanciers et établisse un mécanisme de remplacement. La procédure de révocation et de remplacement pourra être calquée sur celle de nomination des membres du comité, à savoir sur décision du tribunal ou par élection de l'ensemble des créanciers. Un mécanisme de remplacement sera également nécessaire lorsque des membres du comité démissionnent ou ne sont pas en mesure de continuer à s'acquitter de leurs fonctions, par exemple en cas de maladie grave ou de décès.

**e) Vote des créanciers**

289. La loi sur l'insolvabilité devra sans doute faire une distinction entre les questions devant être soumises à un vote de l'ensemble des créanciers et celles pouvant être tranchées par le comité des créanciers et énoncer les règles de vote applicables dans chaque cas. Elle devra peut-être aussi déterminer le nombre de membres requis (ou quorum) pour que le comité des créanciers puisse valablement se réunir. La nécessité d'une telle disposition peut toutefois dépendre des fonctions devant être exercées par ce dernier.

290. [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'en être avisés et de voter. Il peut s'agir de l'élection du représentant de l'insolvabilité lorsque la loi sur l'insolvabilité confie cette tâche aux créanciers; de l'approbation du plan de redressement; et d'autres actes importants tels que la vente de biens essentiels et le financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

291. Différentes approches peuvent être adoptées en ce qui concerne les modalités de vote, selon la nature des questions devant être tranchées. Certaines lois prévoient

que le vote doit avoir lieu en personne au cours d'une réunion de créanciers; d'autres, lorsque les créanciers sont nombreux ou qu'ils ne résident pas sur place, que le vote peut avoir lieu par correspondance ou par procuration. Il peut également être souhaitable d'admettre le vote par voie électronique.

292. [211] Diverses approches sont adoptées en ce qui concerne le nombre de voix requis pour que différentes décisions s'imposent aux créanciers, [212] certaines lois sur l'insolvabilité établissant une distinction entre différents types de décisions. Pour les décisions importantes, comme l'approbation d'un plan de redressement, la loi peut exiger à la fois un pourcentage de la valeur des créances et un certain nombre de créanciers (voir deuxième partie, chap. V). Certaines lois exigent une majorité en valeur pour la plupart des décisions et un vote majoritaire en valeur et en nombre pour des décisions telles que l'élection ou la révocation du représentant de l'insolvabilité ou encore le recrutement de professionnels par ce dernier. D'autres lois prévoient uniquement la majorité simple pour des questions telles que l'élection ou la révocation du représentant de l'insolvabilité. D'autres lois encore prévoient que certaines questions doivent être approuvées à la fois par les créanciers garantis et par les créanciers chirographaires et d'autres pas, les créanciers garantis participant au vote uniquement sur des questions comme la sélection du représentant de l'insolvabilité et les questions qui touchent leur sûreté.

293. Différentes approches – inspirées de celles suivies pour la collectivité des créanciers – sont également adoptées pour l'établissement du mécanisme de vote du comité. Il importe avant tout ici d'énoncer des règles régissant la prise de décisions par le comité, notamment des règles spécifiant les majorités requises et les modalités de vote.

**f) Règlement des litiges entre l'ensemble des créanciers et le comité des créanciers**

294. Comme cela a été indiqué plus haut pour les litiges avec le représentant de l'insolvabilité, de nombreuses lois sur l'insolvabilité font prévaloir les décisions émanant des réunions de la collectivité des créanciers. Les décisions expresses de ces derniers, en tant que principaux détenteurs du pouvoir décisionnel, devraient l'emporter sur les décisions prises par le comité des créanciers à propos des mêmes questions.

**g) Confidentialité**

295. Comme on l'a vu plus haut (deuxième partie, chap. IV.A et B), il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité impose une obligation de confidentialité à la fois au débiteur et au représentant de l'insolvabilité. Pour des raisons analogues, il peut être indiqué de déterminer également dans quels cas les créanciers devraient être soumis à cette obligation. Durant une procédure, les créanciers seront généralement en mesure d'obtenir sur le débiteur et son entreprise de nombreuses informations dont une grande partie pourra être commercialement sensible. Si, dans le cas d'une liquidation, on peut supposer que les créanciers n'auront guère la possibilité de tirer un avantage déloyal de ces informations (ou de les utiliser d'une manière préjudiciable au débiteur), il n'en va pas de même en cas de redressement, les créanciers pouvant dans certaines circonstances utiliser ces informations pour compromettre la réussite du plan convenu. C'est pourquoi il sera sans doute bon d'imposer aux créanciers une obligation de confidentialité de sorte que ceux-ci ne

soient autorisés à utiliser les informations obtenues dans le cadre de la procédure que pour l'administration de cette dernière, sauf décision contraire du tribunal.

## **Recommandations**

### **Catégories de créanciers**

#### **Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions concernant les catégories de créanciers est de: [...].

#### **Contenu des dispositions législatives**

106) La législation de l'insolvabilité devrait indiquer clairement les différentes catégories de créanciers auxquelles elle s'appliquera et le traitement réservé à chaque catégorie [en ce qui concerne les créances, la priorité et la répartition].

### **Participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité**

#### **Objet des dispositions législatives**

L'objet des dispositions concernant la participation des créanciers à la procédure d'insolvabilité est:

- a) D'établir les fonctions et les responsabilités de la collectivité des créanciers;
- b) De permettre la participation de la collectivité des créanciers à la procédure d'insolvabilité grâce à la constitution d'un comité des créanciers;
- c) De prévoir un mécanisme pour la nomination des membres de ce comité;
- d) D'établir les fonctions et les responsabilités du comité des créanciers.

#### **Contenu des dispositions législatives**

*Collectivité des créanciers [ensemble des créanciers]*

107) [85)] La législation de l'insolvabilité devrait établir les pouvoirs et les fonctions de la collectivité des créanciers. Ces pouvoirs et fonctions devraient notamment être les suivants:

- a) Approuver ou rejeter le plan de redressement;
- b) [Intervenir dans] [donner des avis sur] les questions soumises par le représentant de l'insolvabilité, notamment donner des avis sur la poursuite de l'activité de l'entreprise en liquidation, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la vérification des créances, la rémunération des professionnels, le sort des procédures judiciaires auxquelles le débiteur était partie au moment de l'ouverture de la procédure, la répartition des biens et [...].

*- Vote de la collectivité des créanciers*

108) [86] La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les questions pour lesquelles un vote de la collectivité des créanciers est requis et établir les règles de vote correspondantes.

*- Droit d'être entendu*

109) [87] Chaque créancier devrait avoir le droit d'être entendu dans la procédure d'insolvabilité sur les questions relatives à [...].

*- Participation des créanciers garantis*

110) [90] La législation de l'insolvabilité devrait indiquer clairement dans quelle mesure les créanciers garantis [peuvent] [devraient] participer tant à la procédure de liquidation qu'à celle de redressement. Lorsque des créanciers garantis comptent sur des biens grevés pour être partiellement ou totalement désintéressés, la législation de l'insolvabilité [peut] [devrait] limiter leur participation à la valeur de la sûreté garantissant leur créance. Lorsque des créanciers garantis ont remis leur sûreté au représentant de l'insolvabilité, la législation de l'insolvabilité devrait leur permettre de participer à la procédure au même titre que les créanciers chirographaires ordinaires. Lorsque la créance d'un créancier garanti doit être restructurée dans le cadre d'un plan de redressement, celui-ci devrait être habilité à participer à la procédure de redressement.

*- Convocation des réunions de la collectivité des créanciers*

111) Les réunions de la collectivité des créanciers peuvent être convoquées [par le tribunal] [par le représentant de l'insolvabilité] [à la demande des créanciers [détenant (indiquer un pourcentage du montant total des) créances [chirographaires]].

*Comité des créanciers*

112) [88] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir [un mécanisme pour assurer] la participation active de la collectivité des créanciers à la procédure d'insolvabilité [par exemple] par l'intermédiaire d'un comité des créanciers. Lorsque les créanciers participant à la procédure d'insolvabilité ont des intérêts divergents et appartiennent à des catégories différentes et que leur participation ne sera pas facilitée par la constitution d'un comité unique, la législation de l'insolvabilité peut prévoir la constitution de plusieurs comités de créanciers.

113) Lorsque la législation de l'insolvabilité prévoit la constitution d'un comité des créanciers, les rapports entre ce dernier et la collectivité des créanciers devraient clairement être indiqués. En particulier, la législation de l'insolvabilité devrait préciser si un comité est requis dans tous les cas d'insolvabilité; comment les fonctions et les pouvoirs se répartissent entre la collectivité des créanciers et le comité; quel mécanisme est prévu pour régler les litiges entre la collectivité des créanciers et le comité et [...].

*- Créanciers pouvant être nommés au comité des créanciers*

114) [89] La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les catégories de créanciers qui peuvent ou ne peuvent pas être nommés au comité, et notamment

préciser si sa créance doit ou non être admise [provisoirement ou autrement] pour qu'un créancier puisse être nommé au comité. Les créanciers qui ne [peuvent] [devraient] pas être nommés au comité des créanciers seraient notamment les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (soit sur le plan personnel soit en tant qu'administrateur, dirigeant ou conseil de l'entreprise débitrice) et les créanciers ayant un intérêt personnel dans les affaires du débiteur, lorsque cet intérêt pourrait compromettre leur impartialité s'ils exerçaient des fonctions au sein du comité (par exemple un concurrent du débiteur).

*- Mécanisme de nomination au comité des créanciers*

115) [91] La législation de l'insolvabilité devrait établir le mécanisme de nomination des membres du comité des créanciers. Différentes approches pourraient être adoptées, telles que le choix des membres du comité par la collectivité des créanciers ou la nomination par le tribunal ou par un autre organe administratif.

*- Fonctions du comité des créanciers*

116) [92] La législation de l'insolvabilité devrait établir les pouvoirs et les fonctions du comité des créanciers. Ces pouvoirs et fonctions seraient notamment les suivants:

a) Dans la procédure de liquidation comme dans la procédure de redressement, exercer une fonction consultative générale en donnant des conseils et en apportant une aide au représentant de l'insolvabilité;

b) Exercer une fonction de supervision en ce qui concerne l'élaboration du plan de redressement, la vente de biens importants et d'autres questions, à la demande du tribunal ou comme décidé en coopération avec le représentant de l'insolvabilité;

c) Avoir le droit d'être entendu dans la procédure d'insolvabilité.

*- Emploi et rémunération de professionnels par le comité des créanciers*

117) [93] La législation de l'insolvabilité devrait permettre au comité des créanciers, sous réserve de l'approbation [du tribunal] [de la collectivité des créanciers] d'employer et de rémunérer les professionnels qui pourraient être nécessaires pour l'aider dans l'exercice de ses fonctions.

*- Responsabilité des membres du comité des créanciers*

118) [94] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les membres du comité des créanciers sont exonérés de toute responsabilité pour les actes accomplis en qualité sauf si l'on constate, par exemple, qu'ils ont agi de manière frauduleuse.

*- Révocation et remplacement des membres du comité des créanciers*

119) [95] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir la révocation et le remplacement des membres du comité des créanciers et spécifier les motifs pouvant les justifier, dont la faute [lourde], [l'absence des compétences nécessaires], [l'incompétence ou l'inefficacité].

- *Règlement intérieur du comité des créanciers*

120) [96] La législation de l'insolvabilité peut prévoir l'élaboration de règles appelées à régir l'exercice des fonctions du comité des créanciers et la prise des décisions par ce dernier, y compris des règles spécifiant les majorités requises et les modalités de vote.

## **D. Cadre institutionnel**

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

297. Dans la plupart des pays, la procédure d'insolvabilité est administrée par une juridiction, à savoir généralement par des tribunaux de commerce ou des tribunaux de droit commun ou plus rarement, par des tribunaux spécialisés dans la faillite. Certains pays ont des juges spécialisés dans l'insolvabilité, qui ne s'occupent pas d'autres affaires, alors que dans d'autres pays, l'insolvabilité n'est qu'un aspect du travail des juges concernés. Dans quelques pays, des organes non judiciaires ou quasi judiciaires remplissent la même fonction que les tribunaux dans d'autres pays.

298. Lorsqu'on élabore une législation de l'insolvabilité, il peut être souhaitable de se demander dans quelle mesure les tribunaux seront tenus de superviser la procédure et si leur participation peut ou non être limitée sur certains points ou être contrebalancée par l'intervention d'autres parties, telles que les créanciers et le représentant de l'insolvabilité. Cette question revêt une importance particulière lorsque la législation de l'insolvabilité fait obligation aux juges de trancher rapidement des questions délicates (qui comportent souvent des aspects commerciaux) et que la capacité du système judiciaire est limitée, que ce soit en raison de sa taille, d'une insuffisance générale de ressources ou d'un manque de connaissance et d'expérience des types de questions pouvant se poser dans le cadre de l'insolvabilité.

299. Afin de limiter le rôle du tribunal, la législation de l'insolvabilité peut autoriser le représentant, par exemple, à prendre des décisions sur un certain nombre de questions, comme la vérification et l'admission des créances, la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la remise des biens grevés sans valeur pour la masse, la vente de biens importants, l'engagement d'actions en

annulation et le traitement des contrats, sans que le tribunal soit tenu d'intervenir, sauf en cas de litige. Elle peut également autoriser les créanciers à donner leur avis au représentant de l'insolvabilité ou à approuver certaines de ses décisions, concernant par exemple la vente de biens importants ou l'obtention d'un financement après l'ouverture de la procédure, sans que le tribunal ait à intervenir, sauf en cas de litige. La législation peut indiquer les procédures devant être soumises à l'approbation du tribunal, telles que l'octroi d'un droit de priorité par rapport aux créanciers garantis existants pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure.

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

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

302. La qualité de l'infrastructure judiciaire et, en particulier, les ressources dont disposent les tribunaux connaissant des affaires d'insolvabilité peuvent avoir une influence déterminante sur l'efficacité avec laquelle sont traitées ces affaires et sur la durée de la procédure. C'est là un aspect dont il faudra probablement tenir compte pour déterminer si la législation de l'insolvabilité devrait imposer des délais pour la conduite de certaines parties de la procédure. Si l'infrastructure judiciaire n'est pas



en mesure de satisfaire avec diligence à l'obligation qui lui est faite de veiller au respect des délais par les parties et à la progression rapide de la procédure, l'insertion de telles dispositions dans la législation ne permettra pas d'assurer l'efficacité et l'effectivité voulues au régime de l'insolvabilité. Les règles de procédure seront également importantes et des règles précises aideront les tribunaux et les professionnels chargés des affaires d'insolvabilité à remédier de manière efficace et ordonnée à la situation économique du débiteur, en réduisant les retards pouvant entraîner une dépréciation des biens de ce dernier et compromettre les chances de succès de la procédure (qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement). Ces règles contribueront également à assurer une certaine prévisibilité et une certaine uniformité dans le traitement des affaires d'insolvabilité.

303. L'application d'un régime de l'insolvabilité dépend non seulement des tribunaux mais également des professionnels intervenant dans la procédure, notamment les représentants de l'insolvabilité, les conseillers juridiques, les comptables, les experts en évaluation ou autres consultants. L'adoption de normes professionnelles et la formation peuvent aider à renforcer les capacités dans ce domaine. Il peut être également indiqué de déterminer quelles fonctions présentent un caractère strictement public et devraient donc être exercées par le secteur public, de manière à inspirer la confiance nécessaire pour que le régime de l'insolvabilité soit efficace, et quelles fonctions pourraient être accomplies par des personnes du secteur privé participant à la procédure si des mesures d'incitation appropriées sont prévues. La fonction de représentant de l'insolvabilité pourrait être un exemple.

## **Recommandations**

*[NOTE AU GROUPE DE TRAVAIL: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des recommandations sur le cadre institutionnel nécessaire pour assurer l'efficacité et l'effectivité du régime de l'insolvabilité devraient être insérées dans le Guide et, dans l'affirmative, quel devrait en être le contenu.]*