



Assemblée générale

Distr.: Générale
5 mai 2005*

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-huitième session
Vienne, 4-15 juillet 2005

Droit de l'insolvabilité

Travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité

Additif

Proposition de l'International Insolvency Institute (III) (Comité de la fraude commerciale)

Proposition d'étude et de recommandations dans le domaine de la fraude commerciale

Généralités

1. L'ampleur des dommages causés par la fraude commerciale est incalculable mais on peut, prudemment, estimer les pertes qui en découlent et ses conséquences à plusieurs milliards d'euros et de dollars chaque année.
2. Il ne sera jamais possible d'éliminer la fraude commerciale. Il est possible, en revanche, d'envisager de mettre sur pied des structures et des systèmes qui réduiront les possibilités de fraude commerciale, réduiront la rétribution potentielle des opérations frauduleuses et atténueront les conséquences néfastes de ces activités.
3. La fraude commerciale se solde souvent par des procédures d'insolvabilité ou par d'importantes restructurations; l'un des domaines dans lesquels on pourrait, de manière productive, mettre au point des systèmes et procédures antifraude est par conséquent celui de l'insolvabilité et des redressements. Il pourrait, à plusieurs

* Le secrétariat soumet tardivement le présent document en raison de la date à laquelle le document original lui a été transmis.



titres, être intéressant d'étudier les recours envisageables dans ce domaine contre la fraude commerciale, notamment parce que:

- De nombreux pays disposent de procédures et systèmes de traitement de l'insolvabilité et que plusieurs procèdent actuellement à l'élaboration ou l'actualisation de telles procédures;
- L'insolvabilité est une discipline précise et cohérente dans laquelle des réformes visant à réduire les effets de la fraude commerciale seraient soutenues par tous;
- Le cadre de la législation relative à l'insolvabilité est idéal pour traiter les conséquences de la fraude commerciale. En fait, la plupart des systèmes de traitement de l'insolvabilité comprennent des mesures destinées à limiter les conséquences de la fraude commerciale;
- L'on pourrait aisément tirer du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* – ou y incorporer ou y adjoindre – des recommandations de modifications visant à décourager la fraude commerciale et à réduire l'intérêt qu'elle présente dans le contexte de l'insolvabilité.
- La CNUDCI a déjà obtenu, dans le domaine de l'insolvabilité, d'importants succès avec deux projets menés à bien dans des délais très brefs;
- Le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité est un exemple bienvenu d'instance au sein de laquelle des dizaines de pays collaborent avec succès depuis plusieurs années aux fins d'importants projets et partagent une vision commune de la nécessité d'améliorer les systèmes et procédures internationaux. Le fait qu'un groupe ayant cette expérience et cette composition existe déjà réduirait la phase d'apprentissage de tout nouveau projet que la CNUDCI pourrait envisager dans ce domaine.

4. La proposition de l'III vise à créer, dans les domaines de l'insolvabilité et des recours des créanciers, des systèmes et procédures à même de dissuader l'activité frauduleuse dans les opérations commerciales. Ces travaux ne feraient aucunement double emploi avec ceux, utiles, que l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) mène dans ce domaine sur des activités qui relèvent davantage de l'action criminelle et quasi criminelle ainsi que sur des activités contraires à l'ordre public. Cependant, les procédures pénales qui visent à réprimer les activités frauduleuses ont souvent une importante incidence sur le traitement de l'insolvabilité. Il n'est pas rare, par exemple, que des procédures d'insolvabilité soient partiellement ou totalement suspendues dans l'attente d'enquêtes pénales. Il importe, bien entendu, infiniment de tenir compte de la procédure pénale et des besoins des autorités publiques, mais ces mesures peuvent avoir un effet considérable sur les créanciers et sur la procédure d'insolvabilité. L'analyse de cette question par la CNUDCI pourrait permettre d'introduire des changements tenant compte des besoins des autorités poursuivantes tout en maximisant la valeur de l'entité insolvable au profit des salariés, des créanciers et des autres parties intéressées.

5. L'III propose que la CNUDCI étudie les moyens de modifier la législation de l'insolvabilité afin de dissuader l'activité frauduleuse et le recours à des stratagèmes

frauduleux, et de réduire l'effet qu'ont ces activités sur les créanciers et autres parties intéressées. Cela pourrait se faire en combinant plusieurs approches du problème. Premièrement, il faudrait que la CNUDCI étudie, dans le contexte de l'insolvabilité, la meilleure façon d'agir pour que les créanciers qui participent à des opérations frauduleuses ou qui les facilitent soient traités d'une manière soit moins intéressante que les créanciers ordinaires, soit tellement peu attrayante qu'elle les dissuaderait de mener de telles activités. Il faudrait, en revanche, protéger les activités et parties commerciales honnêtes contre les conséquences néfastes injustifiées qu'entraînerait pour elles le fait de commercer avec des fraudeurs.

6. Deuxièmement, il faudrait que la CNUDCI étudie et émette des recommandations concernant les recours qui, dans les procédures et la pratique de l'insolvabilité, seraient proposés soit à un administrateur de l'insolvabilité, soit à des créanciers désireux d'intenter des actions en recouvrement contre des parties ayant participé à des opérations annulables en vertu de la législation interne. On pourrait dissuader des activités telles que les opérations d'initiés, les paiements par des personnes insolubles et les transferts à des montants sous ou surévalués si l'on prévoyait, dans les systèmes d'insolvabilité, des sanctions contre ceux qui cherchent à en profiter. Il faudrait étudier et clarifier les obligations faites aux entités qui participent à des activités commerciales normales avec des fraudeurs de découvrir et de prévenir toute fraude. La participation active à la fraude devrait être découragée, mais celle à des opérations commerciales normales ne devrait pas être condamnée simplement parce que d'autres parties à ces opérations ont mené des activités frauduleuses. Il faudrait trouver un juste milieu. Or, peu d'études ont été réalisées sur cette question, qui se pose de plus en plus souvent dans le contexte de faillites frauduleuses internationales. Cette démarche serait conforme au *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, qui énonce que les systèmes de traitement de l'insolvabilité devraient décourager toute conduite privilégiant un créancier par rapport aux autres (deuxième partie, II, par. 148 et suivants, en particulier le paragraphe 151). Le *Guide législatif de la CNUDCI* ne recommande pas de mesures particulières de ce type, mais elles feraient un excellent thème pour de futurs travaux relatifs à l'insolvabilité et complèteraient utilement le *Guide*.

7. Troisièmement, pour aider à décourager les activités frauduleuses, il faudrait que la CNUDCI étudie les moyens de donner aux administrateurs de l'insolvabilité des pouvoirs de recouvrement accrus et des possibilités de recours accéléré qu'ils pourraient opposer aux entités liées à des activités frauduleuses. Là encore, les systèmes de traitement de l'insolvabilité possèdent presque tous des dispositions qui facilitent les procédures de recouvrement engagées par des administrateurs à l'encontre d'entités qui ont pris part à des opérations frauduleuses avec le débiteur avant que celui-ci ne devienne insolvable. Nombre de ces dispositions, cependant, sont difficiles à appliquer en cas d'insolvabilité internationale. En outre, ces pouvoirs d'exécution et autres doivent être compatibles avec les objectifs de la procédure d'insolvabilité et ne pas s'opposer aux réalités commerciales qui maximisent la valeur et facilitent les recouvrements. Il faut bien prendre soin d'éviter les coûts et frais administratifs superflus.

8. Il serait également utile de se pencher sur le classement à appliquer aux créances et droits des autorités de réglementation et d'exécution dans les procédures d'insolvabilité mettant en jeu des activités frauduleuses, et sur la procédure pénale à appliquer lorsque les droits de créanciers et d'autres parties entrent en jeu.

9. Le fait de mener des travaux sur le domaine de l'insolvabilité présenterait un avantage distinct tenant au fait que ce domaine englobe des activités frauduleuses de toutes sortes. On pourrait, par exemple, combattre l'usage frauduleux de lettres de change ou de crédits documentaires en insérant des procédures particulières dans les systèmes qui régissent ces instruments. Cela pourrait se faire dans des dizaines de domaines d'activité commerciale, produisant ainsi des dizaines de solutions individuelles et particulières à des dizaines de problèmes indépendants et distincts soumis à des procédures, à des règles et à des recours différents. Ces procédures, appropriées pour traiter des cas particuliers mettant en jeu des entités solvables, risqueraient en revanche de contredire, en cas d'insolvabilité, d'autres procédures concurrentes. Il faut donc, si l'on veut faire valoir les droits de toutes les parties concernées, anticiper l'insolvabilité de l'une ou de plusieurs des parties à une fraude commerciale. L'avantage de se concentrer, en matière d'insolvabilité, sur des systèmes est que ces systèmes s'appliquent à *toutes* les activités chaque fois qu'intervient une insolvabilité ou un redressement. Bien que la fraude commerciale ne se limite pas aux situations d'insolvabilité, il est judicieux d'orienter les ressources relativement rares dont on dispose vers un domaine qui est idéalement placé pour produire l'amélioration maximale dans les plus brefs délais, à savoir le domaine de l'insolvabilité.

10. L'III soumet la présente proposition à la CNUDCI parce que celle-ci est idéalement et uniquement placée pour examiner de près les questions très importantes qui se posent dans le domaine de l'insolvabilité et pour produire un ensemble de principes ou d'orientations qui appelleront l'attention de la communauté commerciale mondiale sur la nécessité de réformer et d'améliorer les systèmes de traitement de l'insolvabilité pour ce qui est de prévenir et d'éviter les activités frauduleuses portant sur l'aide commerciale, et de fournir, à cette fin, une base acceptée internationalement.