

# **BANQUE MONDIALE**

## **PRINCIPES ET DIRECTIVES RÉGISSANT**

## **LE TRAITEMENT DE L'INSOLVABILITÉ**

## **ET LA PROTECTION DES DROITS DES CRÉANCIERS**

Avril 2001

L'existence de régimes de traitement de l'insolvabilité et de protection des droits des créanciers efficaces contribue de manière importante à la stabilité du système financier. C'est la raison pour laquelle la Banque s'emploie, avec les organisations qui sont ses partenaires, à élaborer des principes directeurs en ce domaine. Ces principes présideront à la réforme et à l'analyse comparative des régimes existant dans les pays en développement. Les « Principes et directives », qui sont un condensé des pratiques internationales optimales existant en matière de conception de ces régimes, mettent l'accent sur les solutions intégrées, adaptées au contexte et sur les choix qu'implique l'élaboration de ces solutions.

Si les principes régissant le traitement de l'insolvabilité portent essentiellement sur l'insolvabilité des entreprises, on a également énormément progressé en matière d'analyse des aspects à prendre en compte pour élaborer des principes applicables au traitement de l'insolvabilité bancaire et de l'insolvabilité systémique, domaines dans lesquels la Banque et le Fonds, ainsi que d'autres organisations internationales continueront de collaborer au cours des mois à venir. Ces divers aspects sont analysés plus en détail dans les annexes au présent document.

Les « Principes et directives » permettront de réaliser toute une série d'évaluations nationales expérimentales effectuées en rapport avec le programme d'élaboration de Rapports sur l'observations des normes et codes (ROSC), grâce à un schéma commun basé sur les principes. Par ailleurs, en collaboration avec la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI/UNCITRAL) et d'autres institutions, la Banque s'emploie à concevoir une série plus détaillée de directives de mise en œuvre fondées sur ces principes.

# BANQUE MONDIALE

## PRINCIPES ET DIRECTIVES RÉGISSANT LE TRAITEMENT DE L'INSOLVABILITÉ ET LA PROTECTION DES DROITS DES CRÉANCIERS

Avril 2001

### Table des matières

<b>INTRODUCTION ET RESUME ANALYTIQUE</b> .....	<b>2</b>
PRINCIPES.....	8
<b>1.  ROLE DES MECANISMES DE RECOUVREMENT (PRINCIPE 1)</b> .....	<b>16</b>
<b>2.  CADRE JURIDIQUE REGISSANT LES DROITS DES CREANCIERS</b> .....	<b>23</b>
2.1  RECOUVREMENT DES CRÉANCES NON GARANTIES (PRINCIPE 2).....	23
2.2  LÉGISLATION DES SÛRETÉS RÉELLES (PRINCIPE 3).....	24
2.3  INSCRIPTION ET ENREGISTREMENT DES SÛRETÉS (PRINCIPE 4).....	27
2.4  EXÉCUTION DES SÛRETÉS (PRINCIPE 5).....	29
<b>3.  CADRE JURIDIQUE REGISSANT L'INSOLVABILITE DES ENTREPRISES</b> .....	<b>30</b>
3.1  PRINCIPAUX OBJECTIFS ET POLITIQUES (PRINCIPE 6).....	30
3.2  CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES DE LA LÉGISLATION DE L'INSOLVABILITÉ (PRINCIPES 7-16).....	33
3.3  ÉLÉMENTS CONCERNANT LE REDRESSEMENT DES ENTREPRISES (PRINCIPES 17-24).....	58
3.4  ARRANGEMENTS INFORMELS ET RESTRUCTURATIONS D'ENTREPRISES (PRINCIPES 25-26).....	67
<b>4.  MISE EN ŒUVRE DU REGIME D'INSOLVABILITE</b> .....	<b>72</b>
4.1  CONSIDÉRATIONS INSTITUTIONNELLES (PRINCIPES 27-33).....	72
4.2  ASPECTS RÉGLEMENTAIRES (PRINCIPES 34-35).....	77
<b>ANNEXE I : INSOLVABILITE ET RESTRUCTURATION DES BANQUES</b> .....	<b>81</b>
<b>ANNEXE II : INSOLVABILITE ET CRISES SYSTEMIQUES</b> .....	<b>94</b>
<b>ADDITIF : APERÇU DES AUTRES INITIATIVES EN LA MATIERE</b> .....	<b>107</b>
<b>GLOSSAIRE</b> .....	<b>109</b>

## INTRODUCTION ET RESUME ANALYTIQUE

1. L'identification des composantes du système financier mondial, ainsi que la formulation et l'application de normes et de méthodes d'évaluation des principaux éléments dudit système ont bien avancé depuis la crise financière qui a frappé les marchés émergents en 1997-1998. L'élaboration de principes et de directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers (*Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*) constitue un pas important dans ce sens, en favorisant l'émergence d'un consensus international sur la mise en place d'un cadre uniforme qui permette d'évaluer l'efficacité de ces systèmes et en aidant les décideurs à arrêter les choix d'orientation nécessaires pour les renforcer.
2. Les principes définis dans le document « Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers » s'inscrivent dans le prolongement d'initiatives antérieures et de celles qui ont été engagées plus récemment pour favoriser la coopération internationale en matière de traitement des dossiers d'insolvabilité relevant de plusieurs juridictions, la modernisation des législations nationales régissant les cas d'insolvabilité et les transactions garanties, et l'élaboration de principes applicables aux arrangements à l'amiable avec les entreprises<sup>1</sup>. Ils tiennent compte des thèmes et des choix dont relèvent ces initiatives, ainsi que de l'opinion des services concernés, des spécialistes de l'insolvabilité et des participants aux ateliers régionaux organisés par la Banque et ses partenaires institutionnels<sup>2</sup>. La formulation de ces « Principes et directives » a donné lieu à un processus de concertation particulièrement poussé, qui a fait appel à plus de 70 experts internationaux dans le cadre de l'Unité de coordination et des groupes de travail de la Banque et, à l'échelon régional, à plus de 700 spécialistes des secteurs public et privé d'environ 75 pays pour la plupart en développement. La Banque a également affiché sur son site web<sup>3</sup> des documents et des avant-projets, pour consultation par la communauté internationale, et obtention d'informations en retour.

### **Rôle des systèmes de traitement de l'insolvabilité et de protection des droits des créanciers**

3. Le système financier mondial a une double nature. D'un côté, les systèmes financiers nationaux fonctionnent de manière autonome et répondent aux besoins intérieurs. De l'autre, ils sont reliés aux systèmes de leurs partenaires commerciaux, avec lesquels ils entretiennent des rapports quotidiens d'interdépendance. Les systèmes de traitement de l'insolvabilité et de protection des droits des créanciers se situent à la charnière de ces deux réalités.
4. *La dimension nationale.* Pour assurer le bon fonctionnement d'une économie de marché moderne, un système national s'appuie sur toute une gamme d'éléments d'ordre structurel,

---

<sup>1</sup> Un bref inventaire des principales initiatives prises dans ces domaines figure en appendice au présent document.

<sup>2</sup> Ce document (Principes et directives) a été établi par les services de la Banque en collaboration avec la Banque africaine de développement, la Banque asiatique de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque interaméricaine de développement, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, le Fonds monétaire international, l'Organisation de coopération et de développement économiques, la Société financière internationale, INSOL International et l'Association internationale du barreau (Comité J).

<sup>3</sup> Ces documents peuvent être consultés à partir du répertoire des pratiques recommandées de la base de données juridiques sur l'insolvabilité à l'échelle mondiale (Best Practice directory on the Global Insolvency Law Database) à l'adresse suivante : [www.worldbank.org/gild](http://www.worldbank.org/gild).

institutionnel, social et humain. Il existe autant de manières de combiner ces variables que de pays, encore que certaines similitudes à l'échelon régional aient engendré des traditions douanières et juridiques communes. Les principes affirmés dans le rapport se fondent sur plusieurs idées :

- *Un système efficace est un système qui répond aux besoins et aux problèmes nationaux.* Pour ce faire, il doit être enraciné dans le contexte culturel, économique, juridique et social d'ensemble du pays.
  - *Transparence, responsabilité et prévisibilité sont des préalables indispensables à de bonnes relations de crédit.* Capital et crédit, sous leurs multiples formes, sont le nerf du commerce moderne. Investisseurs et créanciers réagissent aux risques, qu'ils soient perçus ou réels. Lorsqu'on ne peut avoir accès à des informations exactes sur le risque de crédit et que les mécanismes juridiques permettant d'assurer le respect des créances sont imprévisibles, la concurrence peut difficilement régir l'offre de crédit.
  - *Les appareils juridiques et institutionnels doivent prévoir des mesures d'incitation et de dissuasion qui s'appliquent à une large gamme de systèmes axés sur le marché dans les domaines du commerce, des entreprises, des finances et de la protection sociale.* D'où la nécessité d'une approche intégrée de la réforme qui prenne en compte toutes sortes de lois et de dispositions en vue d'élaborer des systèmes capables de traiter l'insolvabilité et de protéger les droits des créanciers.
5. *La dimension internationale.* L'avènement de nouvelles méthodes commerciales, de nouveaux moyens de communication et de nouvelles technologies explique que les marchés nationaux soient en constante évolution et que la définition des droits de propriété ne cesse d'être modifiée. Les activités commerciales transcendent souvent les frontières, et les entreprises ont accès à de nouvelles formes de crédit. Les risques de crédit et d'investissement sont évalués au moyen de formules complexes et les capitaux se déplacent d'un marché à l'autre sur simple pression d'une touche d'ordinateur. Ces flux financiers sont tributaires des perceptions du public et de la confiance des investisseurs dans les marchés locaux. La présence de régimes efficaces de traitement de l'insolvabilité et de protection des droits des créanciers contribue pour beaucoup à susciter et à conforter la confiance des investisseurs tant nationaux qu'étrangers.

### **Les principes**

6. Les *Principes et directives* insistent sur la mise en place de solutions intégrées, adaptées au contexte, et sur les choix d'orientation que cela implique<sup>4</sup>. Ces principes résument ce qui se fait de mieux au plan mondial en matière de régime d'insolvabilité et de protection des droits des créanciers. Si l'on veut adapter les pratiques recommandées à l'échelon international aux réalités des pays en développement, il faut toutefois bien comprendre le contexte commercial dans lequel ces systèmes opèrent. Les difficultés qui se posent tiennent notamment aux carences ou à l'ambiguïté des mécanismes de protection sociale, aux insuffisances des institutions financières et des marchés financiers, à la faiblesse du gouvernement d'entreprise et au manque de compétitivité des entreprises, ainsi qu'aux lacunes du cadre législatif et institutionnel. Il est donc extrêmement difficile de mettre en place des systèmes qui permettent à la fois de répondre aux besoins des pays en développement et de suivre l'évolution des

---

<sup>4</sup> L'efficacité d'un régime tient non seulement à des principes généraux, mais aussi à des détails. La Banque prépare en parallèle un document technique contenant des directives plus détaillées sur certains aspects du présent document. D'autres organisations, concrètement la CNUDCI (en collaboration avec INSOL International et le Comité J de l'Association internationale du barreau), ont également entrepris de formuler des directives pour aider les législateurs à concevoir un régime d'insolvabilité efficace.

tendances mondiales et des meilleures pratiques internationales. Les orientations arrêtées par les pouvoirs publics et les avantages (ou inconvénients) comparatifs du cadre législatif et institutionnel de chaque pays influenceront sur l'application à l'échelon national des principes définis dans le présent document.

7. Les *Principes et directives* mettent en lumière la relation qui existe entre le coût du crédit et les apports de crédit (notamment de crédit garanti) et la législation et les institutions qui reconnaissent et font appliquer les accords de crédit (sections 1 et 2). Ce document décrit aussi les principaux éléments et les choix d'orientation relatifs au cadre juridique de l'insolvabilité des entreprises et les arrangements informels auxquels donne lieu le règlement à l'amiable des créances (section 3), lesquels doivent s'inscrire dans un cadre institutionnel et réglementaire solide (section 4). L'application de ces principes ne se limite pas à la protection des droits des créanciers et aux régimes d'insolvabilité des entreprises. L'aptitude des institutions financières à adopter des pratiques de crédit efficaces pour régler ou liquider les prêts improductifs dépend de l'existence de mécanismes juridiques fiables et prévisibles qui permettent de chiffrer plus exactement les coûts de recouvrement des créances et d'application des règles. Lorsque des actifs improductifs ou d'autres facteurs compromettent la viabilité d'une banque ou que la conjoncture économique engendre des crises systémiques, la situation appelle une attention particulière. Les annexes I et II aux *Principes et directives* présentent une analyse des problèmes liés aux stratégies de sortie et de restructuration des banques et à la gestion des crises financières systémiques, domaines dans lesquels la Banque continuera de collaborer avec le Fonds et la communauté internationale en vue de définir certains principes.

Les paragraphes suivants résument brièvement les principaux points développés dans *Principes et directives* :

8. *Rôle du contrôle de l'application des règles.* Une économie moderne, fondée sur le crédit, doit disposer de bons mécanismes de règlement à l'amiable, ainsi que d'un régime d'insolvabilité efficace, pour pouvoir assurer de manière prévisible, transparente et peu coûteuse le respect des créances, garanties ou non. Ces systèmes doivent être conçus de manière à pouvoir fonctionner en harmonie. Le commerce se définit comme un ensemble de relations commerciales fondées sur des accords explicites ou tacites entre une entreprise et toute une série de créanciers et d'intéressés. Si les transactions commerciales ne cessent de gagner en complexité, à mesure que les techniques de calcul des prix et de gestion des risques se perfectionnent, les droits régissant à la base ces relations et les procédures permettant de les faire respecter n'ont, quant à eux, guère évolué. Ces droits autorisent les parties à passer des accords contractuels, confortant ainsi la confiance qui stimule les investissements, les prêts et les échanges. Si, au contraire, la fiabilité des mécanismes conçus pour faire respecter les droits contractuels laisse planer le doute, le coût du crédit s'en trouve majoré compte tenu du risque accru de manquement aux obligations ou, ce qui est plus grave, de resserrement du crédit.
9. *Cadre juridique régissant les droits des créanciers.* La réglementation du crédit doit s'appuyer sur des mécanismes permettant de recouvrer les créances de manière efficace, transparente et fiable, notamment par la saisie et la cession d'actifs mobiliers et immobiliers et la vente ou le recouvrement d'actifs incorporels, tels que les créances dues au débiteur par des tiers. Un système qui permet de recouvrer efficacement les créances est indispensable au bon fonctionnement du crédit, en particulier du crédit non garanti. Donner au créancier les moyens de saisir le bien du débiteur et de le vendre pour satisfaire la créance est le moyen le plus simple et le plus efficace d'assurer un règlement rapide de la dette. La formule est beaucoup plus efficace que la menace d'une procédure d'insolvabilité qui, de par le niveau de vérification

et les délais d'instruction qu'elle implique souvent, n'est pas jugée crédible par les débiteurs, sauf dans les cas extrêmes, comme moyen de recouvrement forcé des créances.

10. Si le crédit est pour l'essentiel non garanti et exige la mise en place de moyens d'assurer le respect des règles, il est particulièrement important pour les pays en développement de se doter d'un véritable système de protection des sûretés. Le crédit garanti joue un rôle important dans les pays industriels, en dépit des financements d'origines et de formes diverses offerts par les marchés des titres de créances et de participation. Les marchés des actions offrent parfois des formules de financement meilleur marché et plus attrayantes. Mais les pays en développement offrent à cet égard moins de possibilités, et les marchés des actions sont généralement moins matures que les marchés obligataires. Les financements prennent donc le plus souvent la forme d'emprunts. Sur les marchés présentant des possibilités plus restreintes et des risques plus élevés, les prêteurs ont pour habitude d'exiger une sûreté afin d'atténuer le risque de défaut et d'insolvabilité.
11. *Cadre juridique des prêts garantis.* Ce cadre doit stipuler les règles applicables à la constitution et à la reconnaissance de sûretés réelles, ainsi qu'à l'exécution des garanties y afférentes, sur toutes les classes d'actifs (mobiliers et immobiliers, corporels et incorporels, y compris les inventaires, les sommes à recevoir, les produits et les biens futurs) et à titre global, que ces sûretés soient assorties ou non d'un droit de possession. La loi doit également s'appliquer à toute obligation, présente ou future et entre tous types de personnes, contractée par le débiteur à l'égard du créancier. Elle doit par ailleurs fixer les règles de notification et d'enregistrement applicables qui doivent être adaptées aux différents types de biens et indiquer clairement la manière dont est déterminé le rang des détenteurs de créances ou de sûretés sur un même bien.
12. *Cadre juridique de l'insolvabilité des entreprises.* Il existe diverses formules, mais pour être efficace, un régime d'insolvabilité doit :
  - s'insérer dans le cadre plus large du système juridico-commercial du pays ;
  - maximiser la valeur des actifs d'une entreprise en lui offrant la possibilité de se réorganiser ;
  - trouver un juste milieu entre liquidation et réorganisation ;
  - accorder un traitement équitable aux créanciers en situation similaire, notamment aux créanciers domestiques et étrangers ;
  - permettre le règlement opportun, efficace et impartial des cas d'insolvabilité ;
  - empêcher le démantèlement prématuré des actifs du débiteur par tel ou tel créancier ;
  - mettre en œuvre une procédure transparente qui encourage la collecte et la diffusion d'informations ;
  - reconnaître les droits des créanciers existants et respecter le rang de priorité des créances suivant un processus prévisible et bien établi ;
  - créer un cadre pour le traitement des cas d'insolvabilité transnationale, qui reconnaisse les procédures étrangères.
13. Lorsque l'entreprise n'est pas viable, la loi doit viser en priorité à obtenir une liquidation rapide et efficace pour maximiser les recouvrements au profit des créanciers. La procédure de liquidation peut inclure la préservation et la cession du fonds de commerce, indépendamment de l'entité juridique. En revanche, lorsque l'entreprise est viable, autrement dit qu'elle peut être renflouée, ses actifs ont souvent davantage de valeur lorsqu'ils restent au sein d'une affaire assainie que lorsqu'ils sont vendus dans le cadre d'une liquidation. Le sauvetage d'un fonds de commerce préserve des emplois, est plus rentable pour les créanciers dans la mesure où l'exploitation des actifs valorise l'entreprise, peut procurer des dividendes aux propriétaires et

permet au pays de recueillir les fruits du renflouement. La formule du sauvetage doit être encouragée, que ce soit par des voies formelles ou informelles. La procédure de renflouement doit être d'un accès rapide et facile, protéger toutes les parties concernées, autoriser la négociation d'un plan commercial, permettre à la majorité des créanciers en faveur d'un plan ou d'une autre ligne de conduite de contraindre les autres à s'y soumettre (sous réserve des protections appropriées) et prévoir la supervision nécessaire pour que le processus ne soit pas utilisé à mauvais escient. Les procédures modernes de sauvetage visent généralement à satisfaire toute une série d'attentes commerciales sur des marchés dynamiques. Bien que ce type de législation ne renvoie pas à des modèles précis, elle présente habituellement certaines caractéristiques permettant d'atteindre les objectifs susmentionnés.

14. *Cadre des arrangements à l'amiable avec les entreprises.* Ce type d'arrangement doit s'appuyer sur des dispositions qui encouragent les participants à rétablir la viabilité financière d'une entreprise. Les arrangements informels sont négociés « à l'ombre de la loi ». Le cadre dans lequel ils s'inscrivent doit donc prévoir des lois et procédures qui imposent de divulguer des informations financières exactes sur l'entreprise en difficulté, ou d'y donner accès, en temps opportun ; encouragent les opérations de prêt, d'investissement ou de réinjection de capitaux au profit d'entreprises viables en difficulté ; appuient un large éventail d'activités de restructuration, notamment annulation, rééchelonnement ou réaménagement de créances et conversions de dette en prises de participation ; et assujettissent les restructurations à un régime fiscal favorable ou neutre.
15. Le secteur financier d'un pays doit promouvoir (éventuellement avec l'aide de la banque centrale ou du ministère des Finances) un processus informel qui permette de régler à l'amiable les difficultés financières des entreprises dans lesquelles des banques ou d'autres établissements financiers ont de gros engagements — en particulier sur les marchés où l'insolvabilité des entreprises est systémique. Un processus informel est beaucoup plus susceptible d'être viable à long terme lorsque les créanciers ont des voies de recours et qu'il existe une législation appropriée en matière d'insolvabilité.
16. *Application du régime d'insolvabilité.* Un bon régime d'insolvabilité suppose un cadre institutionnel et réglementaire solide. Un système d'insolvabilité s'articule autour de trois grandes composantes : les institutions responsables des procédures d'insolvabilité, le système opérationnel chargé d'instruire les dossiers et de prendre les décisions, et les critères à respecter pour préserver l'intégrité de ces institutions, étant entendu que la clé de voûte de l'efficacité du régime d'insolvabilité est son intégrité. Plusieurs principes fondamentaux influent sur la conception et la pérennité des institutions, ainsi que sur les participants qui exercent un pouvoir dans le cadre des procédures d'insolvabilité.
17. *Actions en cours.* On commence à bien cerner les liens qui existent entre insolvabilité des entreprises et droits des créanciers, d'une part, et insolvabilité (et restructuration) des banques et crises financières, d'autre part, ainsi que les questions de fond qui affectent le traitement de ces dernières. Au cours des prochains mois, la Banque, en collaboration avec le Fonds et d'autres partenaires, invitera la communauté internationale à un dialogue sur les principes régissant l'insolvabilité bancaire et systémique. La Banque poursuivra par ailleurs les travaux engagés avec ses partenaires institutionnels, notamment la CNUDCI, pour mettre en œuvre des directives plus techniques sur la base de ces principes.
18. *Prochaines étapes.* Durant les exercices 01-02, la Banque procédera, à titre expérimental, à une série de bilans-pays dans le cadre du programme visant à établir des rapports sur l'application des normes et codes (*Reports on the Observance of Standards and Codes - ROSC*) ; ces

rapports seront établis sur la base d'un modèle commun conçu à partir de ces principes. Les pays seront choisis selon des critères de diversité régionale et juridique, et selon le niveau de développement de leur système financier. Ces bilans seront établis par les services de la Banque avec l'aide de spécialistes d'autres institutions. Ils devraient fournir de précieux apports à l'avenir aux évaluations du secteur financier, aux stratégies d'aide-pays et aux autres études économiques et sectorielles de la Banque et, à terme, aider les gouvernements à définir les réformes prioritaires et à renforcer leurs capacités. La Banque continuera également à collaborer avec le Fonds monétaire international et d'autres organisations pour élaborer des principes complémentaires régissant l'insolvabilité et la restructuration des banques et l'insolvabilité systémique.

GILD

## Principes

<b>PRINCIPE N°</b>	<b>CADRE JURIDIQUE REGISSANT LES DROITS DES CREANCIERS</b>	<b>PAGE</b>
Principe 1	Compatibilité des mécanismes de recouvrement	16
Principe 2	Recouvrement des créances non garanties	23
Principe 3	Législation des sûretés réelles	24
Principe 4	Inscription et enregistrement des sûretés	27
Principe 5	Exécution des sûretés	29
<b>CADRE JURIDIQUE REGISSANT L'INSOLVABILITE DES ENTREPRISES</b>		
Principe 6	Principaux objectifs et politiques	30
Principe 7	Responsabilité des administrateurs et des dirigeants	33
Principe 8	Liquidation et redressement	34
Principe 9	Ouverture de la procédure : possibilités d'application et d'accès	35
Principe 10	Ouverture de la procédure : moratoires et suspensions de procédure	38
Principe 11	Gouvernance : direction	40
Principe 12	Gouvernance : créanciers et comité des créanciers	41
Principe 13	Administration : recouvrement, préservation, cession des biens	43
Principe 14	Administration : traitement des obligations contractuelles	45
Principe 15	Administration : opérations frauduleuses ou préférentielles	49
Principe 16	Règlement des créances : traitement des droits et du rang de priorité des parties intéressées	51
<b>ÉLÉMENTS CONCERNANT LE REDRESSEMENT DES ENTREPRISES</b>		
Principe 17	Éléments à incorporer à la législation sur le redressement des entreprises	60
Principe 18	Administration : stabiliser et maintenir l'activité de l'entreprise	61
Principe 19	Information : accès et publicité	62
Principe 20	Plan : formulation, examen et vote	63
Principe 21	Plan : approbation du plan	65
Principe 22	Plan : mise en œuvre et modification	66
Principe 23	Plan : décharge et force obligatoire	66
Principe 24	Considérations internationales	67
<b>ARRANGEMENTS INFORMELS ET RESTRUCTURATIONS D'ENTREPRISES</b>		
Principe 25	Cadre législatif habilitant	67
Principe 26	Procédures de sauvetage informelles	68
<b>MISE EN ŒUVRE DU REGIME D'INSOLVABILITE (CADRES INSTITUTIONNELS ET REGLEMENTAIRES)</b>		
Principe 27	Rôle des tribunaux	72
Principe 28	Normes d'efficacité du tribunal ; qualifications et formation des juges	74
Principe 29	Organisation du tribunal	74
Principe 30	Transparence et responsabilité	76
Principe 31	Prise de décisions judiciaires et exécution	76
Principe 32	Intégrité du tribunal	77
Principe 33	Intégrité des participants	77
Principe 34	Rôle des instances de réglementation et de supervision	77
Principe 35	Compétence et intégrité des administrateurs d'insolvabilité	79

<b>CADRE JURIDIQUE REGISSANT LES DROITS DES CREANCIERS</b>	
<b>Principe 1</b>	<p><b>Compatibilité des mécanismes de recouvrement</b>  <i>Une économie moderne, fondée sur le crédit, doit disposer de bons mécanismes de règlement à l'amiable, ainsi que d'un régime d'insolvabilité efficace, pour pouvoir assurer de manière prévisible, transparente et peu coûteuse le respect des créances, garanties ou non. Ces systèmes doivent être conçus de manière à pouvoir fonctionner en harmonie.</i></p>
<b>Principe 2</b>	<p><b>Recouvrement des créances non garanties</b>  <i>La réglementation du crédit doit s'appuyer sur des mécanismes permettant de recouvrer les créances de manière efficace, transparente et fiable, notamment saisie et vente d'actifs mobiliers et immobiliers et vente ou recouvrement d'actifs incorporels, tels que les créances dues au débiteur par des tiers.</i></p>
<b>Principe 3</b>	<p><b>Législation des sûretés réelles</b>  <i>Le cadre juridique doit stipuler les règles applicables à la constitution et à la reconnaissance de sûretés réelles, ainsi qu'à l'exécution des garanties y afférentes, sur les actifs mobiliers et immobiliers (réels), conformément à un accord ou à la loi. Le texte de loi couvrira :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>les sûretés réelles sur toutes les classes d'actifs, mobiliers et immobiliers, corporels et incorporels, y compris les inventaires, les effets à recevoir, les produits, les biens futurs et les acquêts, à titre global, et que ces sûretés soient assorties ou non d'un droit de possession ;</i></li> <li>▪ <i>les sûretés réelles se rapportant à toute obligation, présente ou future et entre tous types de personnes, contractée par le débiteur à l'égard d'un créancier ;</i></li> <li>▪ <i>des méthodes de notification permettant d'informer de l'existence de sûretés réelles les créanciers, acquéreurs et la population en général dans la mesure requise et au moindre coût possible ;</i></li> <li>▪ <i>des règles claires établissant le rang des détenteurs de créances ou de sûretés sur un même bien, pour éliminer ou réduire la hiérarchie des sûretés dans la mesure du possible.</i></li> </ul>
<b>Principe 4</b>	<p><b>Inscription et enregistrement des sûretés</b>  <i>Il doit exister un moyen efficace et économique de faire connaître l'existence d'une sûreté sur des actifs mobiliers et immobiliers, l'enregistrement étant la principale méthode et de loin la préférable. L'accès au registre doit être peu onéreux et ouvert à tous, aussi bien aux fins d'inscription que de recherche.</i></p>
<b>Principe 5</b>	<p><b>Exécution des sûretés</b>  <i>La loi doit prévoir des méthodes efficaces, peu coûteuses, transparentes et prévisibles d'exécution des sûretés. Les procédures d'exécution doivent permettre de réaliser rapidement les droits détenus sur des actifs nantis et d'assurer le meilleur recouvrement possible de la valeur des actifs sur la base de leur valeur marchande. Les méthodes d'exécution envisagées seront aussi bien non judiciaires que judiciaires.</i></p>

## **CADRE JURIDIQUE REGISSANT L'INSOLVABILITE DES ENTREPRISES**

<b>Principe 6</b>	<b>Principaux objectifs et politiques</b> <i>Chaque pays adopte des méthodes différentes, mais, pour être efficace, un régime d'insolvabilité doit avoir pour but de :</i> <ul style="list-style-type: none"><li>• <i>s'insérer dans le cadre plus large du système juridico-commercial ;</i></li><li>• <i>maximiser la valeur des actifs d'une entreprise en lui offrant la possibilité de se réorganiser ;</i></li><li>• <i>trouver un juste milieu entre liquidation et réorganisation ;</i></li><li>• <i>accorder un traitement équitable aux créanciers de rang similaire, notamment aux créanciers nationaux et étrangers ;</i></li><li>• <i>permettre le règlement opportun, efficace et impartial des cas d'insolvabilité ;</i></li><li>• <i>empêcher le démantèlement prématuré des actifs du débiteur par un créancier particulier pressé d'obtenir un jugement ;</i></li><li>• <i>mettre en œuvre une procédure transparente qui encourage la collecte et la diffusion d'informations ;</i></li><li>• <i>reconnaître les droits des créanciers existants et respecter le rang de priorité des créances suivant un processus prévisible et bien établi ;</i></li><li>• <i>créer un cadre pour le traitement des cas d'insolvabilité transnationale, qui reconnaisse les procédures étrangères.</i></li></ul>
<b>Principe 7</b>	<b>Responsabilité des administrateurs et des dirigeants</b> <i>La responsabilité des administrateurs et des dirigeants prenant des décisions préjudiciables aux intérêts des créanciers lorsque l'entreprise est insolvable devrait promouvoir un comportement responsable au niveau de l'entreprise, tout en encourageant un degré raisonnable de prise de risque. Les normes doivent, à tout le moins, sanctionner les conduites reposant sur la connaissance ou le mépris coupable des conséquences préjudiciables aux créanciers.</i>
<b>Principe 8</b>	<b>Liquidation et redressement</b> <i>La législation de l'insolvabilité doit prévoir, d'une part, la liquidation efficace des entreprises non viables et de celles dont la liquidation est susceptible d'être plus rentable pour les créanciers et, d'autre part, le redressement des entreprises viables. Lorsque les circonstances le justifient, le régime doit permettre de passer facilement d'une procédure à l'autre.</i>
<b>Principe 9</b>	<b>Ouverture de la procédure : possibilités d'application et d'accès</b> <p><i>A. La procédure d'insolvabilité doit s'appliquer à toutes les entreprises ou personnes morales, sauf les institutions financières et les compagnies d'assurances. Celles-ci relèveront d'une loi distincte ou de dispositions particulières de la législation sur l'insolvabilité. Les mêmes lois s'appliqueront aux sociétés appartenant à l'État et aux sociétés privées.</i></p> <p><i>B. Les débiteurs doivent pouvoir recourir facilement au régime d'insolvabilité s'ils peuvent apporter la preuve de leur insolvabilité ou de leurs difficultés financières. Le débiteur peut présenter une déclaration en ce sens par le truchement de son conseil d'administration ou de sa direction. Le recours des créanciers doit être subordonné à la présentation de preuves d'insolvabilité par présomption, lorsqu'il peut être clairement démontré que le débiteur n'a pas honoré une dette échue (peut-être d'un montant minimum).</i></p> <p><i>C. L'insolvabilité sera de préférence prouvée par l'incapacité du débiteur à payer ses dettes lorsqu'elles parviennent à échéance (critère de liquidité). On peut utiliser un critère de bilan comme preuve accessoire, mais il ne doit pas remplacer le critère de liquidité. Le dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure doit automatiquement interdire le transfert, la vente ou la cession d'actifs ou de parties du fonds par le débiteur sans l'approbation du tribunal, sauf dans la mesure nécessaire pour poursuivre l'exploitation.</i></p>

<p><b>Principe 10</b></p>	<p><b>Ouverture de la procédure : moratoires et suspensions de procédure</b></p> <p><i>A. L'ouverture d'une procédure de faillite doit interdire la cession non autorisée des actifs du débiteur et conduire à la suspension des actions intentées par les créanciers pour exercer leurs droits ou leurs recours contre le débiteur ou ses actifs. La demande de mesures conservatoires (suspension) sera aussi large et exhaustive que possible et s'appliquera à un intérêt dans un bien utilisé, occupé ou en la possession du débiteur.</i></p> <p><i>B. Pour maximiser la valeur des actifs recouvrés, une suspension des actions intentées par les détenteurs de créances garanties pour exercer leurs droits doit être imposée pour une durée limitée lors d'une procédure de liquidation, afin de permettre de recouvrer une plus grande partie des actifs par la vente de l'entreprise entière ou de ses unités de production, et lors d'une procédure de redressement, lorsque les actifs donnés en garantie sont nécessaires au redressement.</i></p>
<p><b>Principe 11</b></p>	<p><b>Gouvernance : direction</b></p> <p><i>A. Au cours d'une procédure en liquidation, la direction doit être remplacée par un administrateur qualifié, nommé par le tribunal, doté de larges pouvoirs pour administrer les biens dans l'intérêt des créanciers. L'autorité sur les biens doit être dévolue immédiatement à l'administrateur, sauf si la direction est autorisée à continuer de diriger la compagnie. En ce cas, la loi imposera à la direction les mêmes obligations qu'à l'administrateur. Si la procédure a été engagée par les créanciers, et si les circonstances le justifient, on nommera un administrateur temporaire, aux responsabilités réduites, chargé de surveiller l'entreprise et de s'assurer que les intérêts des créanciers sont protégés.</i></p> <p><i>B. Lors d'une procédure de redressement, deux méthodes ont la préférence : la direction exclusive de la procédure par un administrateur indépendant ou la supervision de la direction par un administrateur ou un contrôleur impartial et indépendant. Dans le cadre de la deuxième option, tout le pouvoir est dévolu à l'administrateur si la direction s'avère incompetente ou négligente, ou si elle s'est livrée à des activités frauduleuses ou à d'autres abus. De même, les administrateurs ou superviseurs indépendants sont tenus de respecter les mêmes normes de responsabilité envers les créanciers et le tribunal, et pourront être congédiés pour incompetente, négligence, fraude ou autres abus.</i></p>
<p><b>Principe 12</b></p>	<p><b>Gouvernance : créanciers et comité des créanciers</b></p> <p><i>Pour protéger les intérêts des créanciers, il convient de former un comité des créanciers qui permettra aux créanciers de participer activement à la procédure d'établissement de l'insolvabilité. Le comité pourra surveiller le processus, pour s'assurer de sa justice et de son intégrité. Le comité doit être consulté sur les questions sortant de l'ordinaire et doit pouvoir s'exprimer sur les principales décisions (telles que les questions touchant la cession des actifs en dehors du cours normal des affaires). Le comité servira de relais pour le traitement et la transmission aux autres créanciers d'informations pertinentes et aux fins de l'organisation des créanciers lorsqu'il est nécessaire de trancher des questions essentielles. La loi doit contenir des dispositions concernant notamment la tenue d'une assemblée générale des créanciers pour les grandes décisions, la création du comité des créanciers et la fixation de sa composition, le quorum et les règles de vote, les pouvoirs et la conduite des réunions. Lors des procédures de redressement, les créanciers doivent être en droit de désigner l'administrateur ou le contrôleur indépendant de leur choix, à condition que la personne désignée possède les qualifications nécessaires pour exercer ces fonctions dans ce cas précis.</i></p>
<p><b>Principe 13</b></p>	<p><b>Administration : recouvrement, préservation, cession des biens</b></p> <p><i>La loi doit régir le recouvrement, la préservation et la cession de tous les biens appartenant au débiteur, y compris les biens acquis après l'ouverture de la procédure. Des mesures immédiates seront prises ou autorisées pour préserver et protéger les actifs et le fonds du débiteur. La loi doit prévoir un système souple et transparent de cession efficace des biens, au maximum de leur valeur. Le cas échéant, la loi doit permettre des ventes libres de toute sûreté, charge/privilège ou autre servitude, étant entendu que la hiérarchie des intérêts sera respectée dans la distribution du produit de la cession.</i></p>

<b>Principe 14</b>	<b>Administration : traitement des obligations contractuelles</b> <i>La loi doit permettre de modifier des obligations contractuelles qui n'ont pas été entièrement exécutées dans la mesure nécessaire pour atteindre les objectifs de la procédure d'insolvabilité, qu'il s'agisse d'assurer l'exécution de contrats, de les annuler ou de les céder, sauf s'il existe une raison majeure, d'ordre commercial, public ou social, de faire respecter les droits contractuels de la contrepartie au contrat (comme dans les accords de swap).</i>
<b>Principe 15</b>	<b>Administration : opérations frauduleuses ou préférentielles</b> <i>La loi doit permettre d'éviter ou d'annuler les opérations frauduleuses et préférentielles préalables à la faillite menées à terme lorsque l'entreprise était insolvable ou qui ont provoqué l'insolvabilité. Généralement, la période suspecte précédant la faillite, pendant laquelle les paiements sont présumés préférentiels et peuvent être mis en réserve, doit être courte, afin que les relations de commerce et de crédit normales ne soient pas perturbées. Cette période considérée comme suspecte peut être plus longue dans le cas de cadeaux ou si la personne recevant le transfert est un proche du débiteur ou de ses propriétaires.</i>
<b>Principe 16</b>	<b>Règlement des créances : traitement des droits et du rang de priorité des parties intéressées</b> <i>A. Les droits et le rang de priorité des créanciers établis avant l'insolvabilité en vertu du droit commercial doivent être respectés en cas d'insolvabilité, afin de préserver les attentes légitimes des créanciers et d'encourager une plus grande prévisibilité dans les relations commerciales. Il ne doit y avoir déviation par rapport à cette règle générale que dans la mesure indispensable pour promouvoir d'autres mesures qui s'imposent (à l'appui du redressement, par exemple) ou pour maximiser la valeur du bien. Les règles concernant le rang de priorité doivent inciter les créanciers à gérer le crédit efficacement.</i> <i>B. La loi sur les faillites doit reconnaître que les créanciers garantis ont droit en priorité à leur nantissement. Lorsqu'il est porté atteinte aux droits de ces créanciers pour promouvoir une politique légitime de faillite, il convient de préserver les droits de ces créanciers sur leur nantissement pour éviter une perte ou une dégradation de la valeur économique de leur intérêt lorsque l'action est intentée. Les fonds provenant de la liquidation de leur nantissement seront distribués aux créanciers garantis dès que possible après la réalisation du produit de la vente. Lorsque le sursis d'exécution s'applique aux créanciers privilégiés, il doit être d'une durée limitée précise, concilier la protection des créanciers et les objectifs de la procédure d'insolvabilité, et prévoir la possibilité que le tribunal statue sur la demande de levée du sursis présentée par les créanciers ou autres personnes concernées.</i> <i>C. Après la distribution aux créanciers privilégiés et le règlement des créances liées aux frais et aux dépenses d'administration, les fonds disponibles seront distribués pari passu aux autres créanciers, sauf si, pour des raisons impérieuses, le traitement préférentiel d'une dette particulière se justifie. D'une manière générale, les intérêts de caractère public ne doivent pas l'emporter sur les droits privés. Le nombre de catégories prioritaires doit rester aussi bas que possible.</i>
<b>ÉLÉMENTS CONCERNANT LE REDRESSEMENT DES ENTREPRISES</b>	
<b>Principe 17</b>	<b>Éléments à incorporer à la législation sur le redressement des entreprises</b> <i>Pour être efficace sur les plans commercial et économique, la loi doit fixer des procédures de redressement qui permettent d'agir rapidement et facilement, offrent une protection suffisante à toutes les parties au processus, mettent en place une structure autorisant la négociation d'un plan commercial, permettent à la majorité des créanciers favorables à un plan ou à une autre démarche de lier tous les autres créanciers par l'exercice démocratique du droit de vote (étant entendu que les créanciers minoritaires doivent bénéficier des protections appropriées et que les droits spécifiques doivent être protégés) et prévoient une surveillance judiciaire ou autre afin que le processus ne donne pas lieu à des manipulations ou des abus.</i>
<b>Principe 18</b>	<b>Administration : stabiliser et maintenir l'activité de l'entreprise</b> <i>La loi doit prévoir une forme commercialement viable de financement prioritaire des besoins opérationnels courants et urgents du débiteur pendant le processus de sauvetage, sous réserve des mesures de sauvegarde appropriées.</i>

<b>Principe 19</b>	<b>Information : accès et publicité</b> <i>La loi doit exiger la fourniture d'informations pertinentes sur le débiteur. Elle doit aussi exiger que ces informations soient commentées et analysées par des experts indépendants. Les administrateurs d'une société débitrice doivent être tenus d'assister aux réunions de créanciers. Il convient de prévoir la mise en examen éventuelle des administrateurs et autres personnes au courant des affaires du débiteur, qui peuvent être mis en demeure de fournir des informations au tribunal et à l'administrateur.</i>
<b>Principe 20</b>	<b>Plan : formulation, examen et vote</b> <i>La loi ne doit pas stipuler la nature du plan, si ce n'est pour fixer les obligations fondamentales et pour prévenir les abus commerciaux. La loi peut établir des classes de créanciers aux fins de l'exercice du droit de vote. Le nombre de voix doit être fonction du montant de la dette. Pour qu'un plan soit approuvé, une majorité appropriée des créanciers sera requise. Des dispositions spéciales seront prises pour limiter le nombre de voix des initiés. Un vote majoritaire aura force obligatoire pour tous les créanciers.</i>
<b>Principe 21</b>	<b>Plan : approbation du plan</b> <i>La loi doit fixer des critères clairs pour l'approbation du plan, notamment l'égalité de traitement des créanciers de même catégorie, la reconnaissance des priorités relatives et l'adoption à la majorité des voix. La loi doit aussi prévoir la possibilité d'approuver le plan même s'il est rejeté par les créanciers minoritaires, à condition qu'il soit juste et offre aux créanciers ou classes opposés un montant égal ou supérieur à ce qu'ils recevraient en cas de liquidation. La loi doit prévoir le report éventuel d'une réunion de décision sur le plan, mais dans des délais stricts. Si un plan n'est pas approuvé, le débiteur doit automatiquement être liquidé.</i>
<b>Principe 22</b>	<b>Plan : mise en œuvre et modification</b> <i>La loi doit prévoir un moyen de contrôler la bonne exécution du plan et demander au débiteur de faire périodiquement rapport au tribunal sur l'avancement de l'exécution et les progrès réalisés pendant la période du plan. Le plan doit pouvoir être modifié, par un vote des créanciers, si cela est dans l'intérêt des créanciers. La loi doit prévoir l'abandon éventuel du plan et la liquidation du débiteur.</i>
<b>Principe 23</b>	<b>Décharge et force obligatoire</b> <i>Pour donner à l'entreprise faisant l'objet du redressement les meilleures chances de réussite, la loi doit prévoir la décharge ou la modification de la dette et des créances qui ont été acquittées ou modifiées d'une autre façon en vertu du plan. Lorsque le plan a été approuvé à la suite de manœuvres frauduleuses, le plan doit être remis en cause, réexaminé ou abandonné</i>
<b>Principe 24</b>	<b>Considérations internationales</b> <i>Les procédures d'insolvabilité peuvent présenter des aspects internationaux et les lois sur l'insolvabilité doivent prévoir des règles relatives à la juridiction, à la reconnaissance des jugements des tribunaux étrangers, à la coopération et à l'assistance entre tribunaux de différents pays et au choix du droit.</i>

<b>ARRANGEMENTS INFORMELS ET RESTRUCTURATIONS D'ENTREPRISES</b>	
<b>Principe 25</b>	<p><b>Cadre législatif habilitant</b></p> <p><i>Les plans de sauvetage informels et les restructurations doivent être facilités par un cadre législatif qui encourage les participants à s'entendre pour rétablir la viabilité financière d'une entreprise. Un cadre porteur comporte des lois et des procédures exigeant la diffusion en temps utile d'informations financières sûres et exactes sur l'entreprise en difficulté, ou la possibilité d'accéder facilement à ces informations ; encourageant l'octroi de prêts aux entreprises viables ayant des difficultés financières, les investissements dans ces entreprises ou leur recapitalisation ; soutenant un large éventail d'activités de restructuration, telles que l'annulation des créances, les rééchelonnements et la conversion de dette en prises de participation ; et accordant un traitement fiscal favorable ou neutre aux restructurations.</i></p>
<b>Principe 26</b>	<p><b>Procédures de sauvetage informelles</b></p> <p><i>Le secteur financier (avec l'approbation et l'assistance éventuelles informelles de la banque centrale ou du ministère des Finances) doit promouvoir l'élaboration d'un code de conduite relatif aux procédures amiables à utiliser lorsque des entreprises dans lesquelles les banques et autres institutions financières ont un intérêt substantiel connaissent des difficultés financières, surtout sur les marchés dans lesquels l'insolvabilité des entreprises atteint des niveaux systémiques. Le processus informel a beaucoup plus de chances d'être durable lorsque les créanciers peuvent exercer des recours appropriés et qu'il existe une législation adéquate de l'insolvabilité. Le processus informel peut déboucher sur une opération de renflouement formel, qui doit pouvoir traiter rapidement le programme d'assainissement élaboré dans le cadre du processus informel. Le processus formel donne normalement de meilleurs résultats s'il permet aux créanciers et aux débiteurs de recourir à des techniques informelles.</i></p>
<b>MISE EN ŒUVRE DU REGIME D'INSOLVABILITE</b>	
<b>Principe 27</b>	<p><b>Rôle des tribunaux</b></p> <p><i>Les affaires de faillite doivent être suivies et réglées par un tribunal indépendant ou par une autorité compétente, et confiées, lorsque cela est faisable, à des juges spécialisés dans les faillites. La création de tribunaux spécialisés peut générer des avantages importants.</i></p> <p><i>La loi doit prévoir un tribunal ou une autre instance qui exerce un rôle général de supervision, sans ingérence, dans le processus de redressement. Le tribunal, ou l'instance réglementaire, doit être tenu d'accepter la décision des créanciers soit d'approuver un plan soit de liquider le débiteur.</i></p>
<b>Principe 28</b>	<p><b>Normes d'efficacité du tribunal ; qualifications et formation des juges</b></p> <p><i>Il convient d'adopter des normes permettant de mesurer la compétence, l'efficacité et les services du tribunal des faillites. Ces normes doivent servir de base pour évaluer et améliorer les tribunaux. L'adoption de critères de qualification appropriés et la formation et l'éducation permanente des juges doit assurer leur respect.</i></p>
<b>Principe 29</b>	<p><b>Organisation du tribunal</b></p> <p><i>Le tribunal doit être organisé de façon que toutes les parties intéressées, y compris l'administrateur, le débiteur et tous les créanciers, reçoivent un traitement juste, objectif et transparent. Dans toute la mesure du possible, des règles de fonctionnement, une jurisprudence et des règles d'instruction accessibles au public doivent régir le tribunal et les autres parties au processus. Le fonctionnement du tribunal doit répartir les responsabilités et l'autorité de manière à optimiser l'utilisation des ressources. Le tribunal doit, autant que faire se peut, institutionnaliser, rationaliser et standardiser ses pratiques et procédures.</i></p>
<b>Principe 30</b>	<p><b>Transparence et responsabilité</b></p> <p><i>Le régime d'insolvabilité doit reposer sur la transparence et la responsabilité. Les règles doivent assurer l'accès aux dossiers du tribunal, aux audiences, aux renseignements sur le débiteur et aux données financières, ainsi qu'aux autres informations publiques.</i></p>

<b>Principe 31</b>	<b>Prise de décisions judiciaires et exécution</b> <i>Le processus de prise de décision judiciaire doit encourager les parties à résoudre leurs différends à l'amiable lorsque cela est possible. Sinon, il doit régler les affaires sans délais inutiles, afin de renforcer la prévisibilité du régime par une application systématique du droit. Le tribunal doit jouir d'une autorité indiscutée et disposer de méthodes efficaces pour faire exécuter ses jugements.</i>
<b>Principe 32</b>	<b>Intégrité du tribunal</b> <i>Les opérations et les décisions du tribunal doivent reposer sur des règles et règlements fermes, pour éviter la corruption et l'abus d'influence. Le tribunal doit être exempt de conflits d'intérêts, de préjugés et de défaillances en matière de déontologie, d'objectivité et d'impartialité judiciaires.</i>
<b>Principe 33</b>	<b>Intégrité des participants</b> <i>Les personnes intervenant dans une affaire de faillite doivent être tenues d'observer les règles et les décisions judiciaires visant à prévenir la fraude, d'autres activités illicites ou l'abus du régime de faillite. En outre, le tribunal des faillites doit être investi des pouvoirs nécessaires pour connaître des activités illicites ou des abus qui ne relèvent pas du droit pénal.</i>
<b>Principe 34</b>	<b>Rôle des instances de réglementation et de supervision</b> <i>L'organisme ou les organismes responsables de la réglementation ou de la supervision des administrateurs d'insolvabilité doivent être indépendants de tout administrateur et fixer des normes reflétant la législation et les attentes de l'opinion publique en matière d'équité, d'impartialité, de transparence et de responsabilité.</i>
<b>Principe 35</b>	<b>Compétence et intégrité des administrateurs d'insolvabilité</b> <i>Les administrateurs d'insolvabilité doivent être à même d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés et doivent agir en toute intégrité, impartialité et indépendance.</i>

## 1. ROLE DES MECANISMES DE RECOUVREMENT (PRINCIPE 1)

19. **Principe 1 : Compatibilité et efficacité des mécanismes de recouvrement.** *Une économie moderne, fondée sur le crédit, doit disposer de bons mécanismes de règlement à l'amiable, ainsi que d'un régime d'insolvabilité efficace, pour pouvoir assurer de manière prévisible, transparente et peu coûteuse le respect des créances, garanties ou non. Ces systèmes doivent être conçus de manière à pouvoir fonctionner en harmonie.* L'existence de mécanismes de recouvrement prévisibles, transparents et peu coûteux contribue fortement à stabiliser les relations commerciales et les systèmes financiers, à garantir un comportement responsable des entreprises et à offrir des moyens de redressement ou de sortie efficace pour les entreprises non compétitives. La présente section traite des points importants qui découlent de ce principe de manière à mettre en perspective les analyses des sections suivantes, en ce qui concerne, notamment, la relation entre les mécanismes de recouvrement et régimes de traitement de l'insolvabilité et les politiques qui stimulent l'investissement et le crédit, la nécessité d'un équilibre entre ces politiques et d'autres objectifs sociaux importants (sauvetage des entreprises viables, préservation de l'emploi), ainsi que le renforcement de la confiance des investisseurs pouvant découler de l'adoption de mécanismes transparents, pouvant faire l'objet d'un contrôle, et prévisibles.
20. *L'existence de mécanismes de recouvrement et d'un régime de l'insolvabilité stabilise les relations commerciales en permettant aux acteurs économiques de tarifier, de gérer et de maîtriser plus exactement les risques de défaut de paiement et d'échec des entreprises. Les mécanismes de recouvrement offrent un moyen de résoudre des différends particuliers entre créancier et débiteur, alors que les procédures d'insolvabilité permettent d'apporter une solution collective lorsque de mauvais résultats suscitent des doutes sur la viabilité d'une entreprise. Le régime de l'insolvabilité se situe à la charnière du secteur financier et du secteur des entreprises, jouant un rôle disciplinaire pour l'un et l'autre. Un traitement efficace de l'insolvabilité encourage la prudence en matière de prêt et une pratique saine du crédit en :*
- instaurant un mécanisme (comme le redressement) en vue de la restructuration financière des sociétés dont la valeur d'activité est supérieure à la valeur de liquidation, préservant ainsi valeur et emplois ;
  - fournissant aux entreprises qui ont échoué un mécanisme de sortie rationnel, mettant fin à des utilisations improductives d'actifs économiques et les transférant à des agents économiques plus efficaces (par exemple par le biais de la liquidation) ;
  - offrant aux créanciers un mécanisme final et équitable de recouvrement de leurs créances ;
  - améliorant le respect des droits des créanciers de manière à accroître les flux de crédit.
21. La législation de l'insolvabilité affecte les parties et les intérêts à tous les niveaux de la société, dans presque tous les contextes et de toutes sortes de manières, dont certaines subtiles et indirectes. Dans les sociétés économiquement avancées qui font énormément appel au crédit ou à l'investissement sous des formes de plus en plus sophistiquées, l'importance de l'insolvabilité se trouve amplifiée en conséquence. Bien que les textes législatifs régissant les rapports individuels créancier-débiteur en dehors de procédures d'insolvabilité puissent sembler sans rapport avec les régimes collectifs qui entrent en jeu en cas d'insolvabilité de l'une ou l'autre partie, il en existe pas moins des liens importants entre eux. L'efficacité et l'efficacité des procédures auxquelles un créancier a accès pour recouvrer ses créances peuvent donc avoir un impact crucial sur l'approche adoptée par une juridiction vis-à-vis des procédures d'insolvabilité concernant les débiteurs de ces créanciers. Par exemple l'application de mécanismes stricts de recouvrement d'une créance donnée peut être contrebalancée par la possibilité pour les sociétés

en difficulté temporaire d'engager une procédure d'insolvabilité. Par ailleurs, la législation de l'insolvabilité ne doit pas trop modifier les droits et intérêts précédemment établis en dehors du cadre de l'insolvabilité de manière à préserver les attentes légitimes préexistantes. Au premier rang de celles-ci, figure la possibilité de continuer à pouvoir faire jouer divers types de sûreté sur les actifs grevés malgré l'engagement d'une procédure d'insolvabilité formelle contre un débiteur. Aussi, bien que les éléments du droit de l'insolvabilité et du droit applicable en dehors du cadre de l'insolvabilité soient importants en eux-mêmes, on ne peut évaluer l'un sans l'autre de manière complète et exacte.

22. La faiblesse, réelle ou supposée, des droits des créanciers influe sur l'optique adoptée par les créanciers à tous les stades des relations commerciales. Inversement, les créanciers qui pensent que l'engagement d'une procédure d'insolvabilité renforcera leurs droits économiques exploiteront le processus à leur avantage. Ainsi, par exemple, s'il est trop difficile pour les créanciers de se prévaloir du droit de l'insolvabilité ou si celui-ci joue trop en faveur des débiteurs, le crédit se fera généralement plus rare et plus cher, tandis que les créanciers risquent d'abuser d'un droit de l'insolvabilité dont ils peuvent trop facilement se prévaloir ou qui est trop sévère envers les débiteurs.
23. Si un déséquilibre s'introduit dans la relation débiteur-créancier, la stabilité des pratiques de crédit peut se trouver compromise. Au niveau strictement intérieur, chaque État est à même de prendre en compte les intérêts respectifs des débiteurs et des créanciers de la manière qui convient aux relations commerciales existant sur ces marchés. Mais ces solutions autonomes peuvent difficilement subsister dans le cadre de la mondialisation de l'activité commerciale qui met en rapport des parties relevant de systèmes différents. La souplesse s'impose, compte tenu des difficultés et des responsabilités qui découlent de la participation au commerce international.
24. *L'existence de mécanismes de recouvrement et d'un régime de l'insolvabilité contribue à responsabiliser les entreprises.* Un système qui permet véritablement d'assurer le respect des droits des créanciers et de gérer l'insolvabilité des entreprises encourage l'adoption de normes élevées de gouvernement d'entreprise, y compris de discipline financière. Cela contribue à la réalisation d'objectifs sociaux importants (la confiance du public dans le secteur des entreprises et le secteur financier est notamment préservée). C'est le droit des sociétés qui régit le comportement des dirigeants avant l'insolvabilité, le droit de l'insolvabilité prenant le relais au stade de l'insolvabilité ou lorsque l'insolvabilité est décrétée.
25. Les dirigeants incompetents ou négligents peuvent être sanctionnés ou démis de leurs fonctions aussi bien en dehors de procédures de faillite que dans ce cadre là, par exemple via la nomination d'un séquestre, administrateur de faillite ou syndic. En vertu des dispositions les plus exigeantes du droit de l'insolvabilité, la conduite et les transactions antérieures (de plusieurs années, parfois) à l'engagement d'une procédure formelle d'insolvabilité peuvent être réexaminées à la lumière de ce qui s'est passé par la suite. Non seulement certaines transactions peuvent-elles être attaquables (fût-ce au prix d'un affaiblissement de la sécurité des relations commerciales), mais les dirigeants peuvent être tenus personnellement responsables d'une partie des pertes de la société. Dans les cas graves, leur responsabilité pénale peut même être engagée et il pourra éventuellement leur être interdit de gérer des sociétés pendant une période donnée. Ces sanctions, dont les éléments et l'application varient considérablement selon les systèmes, sont un support indispensable à l'argument selon lequel la limitation de responsabilité et l'accès plus large au crédit dont bénéficient les sociétés sont équilibrés par l'imposition de responsabilités correspondantes visant à maintenir la confiance du public dans la conception du crédit qui préside au fonctionnement des sociétés.

26. *Les régimes d'insolvabilité offrent aux entreprises non rentables un mécanisme de sortie efficient et facilitent le redressement de celles qui sont viables.* Les procédures d'insolvabilité sont l'un des moyens de traiter les victimes de la concurrence sur les marchés. Lorsque des entreprises sont incapables de faire face à la concurrence de manière rentable, la solution logique consiste à leur fournir un moyen de dissolution ou de sortie volontaire du marché. Le droit des sociétés prévoit souvent des dispositions de sortie volontaire, mais ces procédures ne sont généralement accessibles qu'aux entreprises solvables qui peuvent rembourser leurs dettes sur les actifs liquidés lors de la dissolution du fonds de commerce. Ces lois doivent coexister avec des procédures d'insolvabilité formelle.
27. Lorsqu'une entreprise est dans l'incapacité de rembourser ses obligations à leur échéance ou de lever suffisamment de fonds sur la vente de ses actifs pour rembourser toutes ses obligations, les hypothèses qui prévalaient sur l'activité de l'entreprise, son gouvernement et son actionnariat changent. Lorsqu'une entreprise en difficulté ou insolvable est incapable de respecter les accords commerciaux qu'elle a conclus, la confiance du marché chute. Pour résoudre cette situation, il faut une procédure collective qui garantisse une solution dans les meilleurs délais et assure aux créanciers un recouvrement maximum. Cette procédure doit être suffisamment souple pour offrir une gamme d'options, dont le redressement des entreprises viables et la liquidation de celles qui ne le sont pas. La liquidation peut consister à vendre le fonds de commerce en tant qu'entreprise en activité, sous forme d'unités productives ou, de manière plus classique, par la vente d'actifs. Les solutions autres qu'une liquidation pure et simple peuvent varier en termes de formalisme et de degré d'implication des tribunaux et autres organismes officiels, mais leur objectif commun est d'offrir au débiteur la possibilité de sortir de l'insolvabilité relative (ou même absolue) et de prétendre à une situation plus stable à l'avenir. Aux victimes honnêtes de la concurrence, le processus d'insolvabilité offre donc un moyen de redressement de l'entreprise ou un mécanisme de sortie permettant de transférer rapidement les actifs et les fonds de commerce à des participants au marché plus efficaces.
28. **Concilier les impératifs de la politique du crédit et de la politique visant au redressement des entreprises.** Parmi les thèmes cruciaux du présent rapport figurent l'idée qu'il est important de répondre aux attentes des créanciers pour préserver la confiance dans le marché. À de nombreux égards, les procédures de recouvrement et de traitement de l'insolvabilité répondent à cet objectif. L'une des questions qui préoccupe le plus les créanciers est celle du classement des créances, et de savoir si les créanciers aux droits prioritaires (créanciers garantis et détenteurs de droits de rétention de titres) seront en mesure de faire valoir ces droits sans restriction. Les politiques favorables à une forte protection des droits des créanciers se heurtent souvent aux politiques appuyant la vente des fonds de commerce en tant qu'unités productives, ainsi qu'aux politiques de renflouement ou de redressement des entreprises en difficulté financière mais néanmoins viables. La politique de redressement privilégie la maximisation de la valeur des actifs pour tous les créanciers et la préservation des emplois dans toute la mesure du possible. Une politique visant à affermir les droits des créanciers garantis doit être pondérée par des mesures concernant les autres créanciers et des politiques encourageant le redressement des entreprises.
29. On constate une tendance grandissante à la protection des droits des créanciers garantis dans le contexte de la faillite, parallèlement à un effacement croissant de la hiérarchie des priorités entre les autres classes de créanciers. Il peut sembler étrange de prôner de manière générale l'abolition ou la limitation des priorités en cas d'insolvabilité, tout en insistant pour que la force exécutoire des sûretés réelles, qui sont la plus élevée de toutes les priorités, soit renforcée. Ce qui fonde cette position, c'est que beaucoup d'autres priorités ont trait au bien-être social, et que

leur priorité en cas d'insolvabilité offre un recours mineur et inadéquat tout en affaiblissant beaucoup la procédure. La priorité accordée aux sûretés réelles, en revanche, a un lien direct avec la croissance économique et, selon une opinion largement répandue, contribue à celle-ci. En même temps, un système de garanties de crédit exécutoires doit être soigneusement pondéré car il introduit nécessairement une tension. D'une part, la sûreté permet aux débiteurs d'avoir accès à un crédit qu'ils ne pourraient pas obtenir autrement, encourageant par là l'activité entrepreneuriale. D'autre part, la sûreté tend à lier les mains des entrepreneurs en affaiblissant le contrôle qu'ils exercent sur leur actif social, en même temps qu'elle renchérit généralement le coût du crédit non garanti puisque la priorité accordée au crédit garanti force le crédit non garanti à assumer un risque plus élevé de non-paiement ou de non-productivité des créances. Un système de crédit garanti exécutoire s'inscrivant dans un régime de l'insolvabilité efficace vise à maximiser les avantages et à minimiser les coûts.

30. Pour être efficace, un système de crédit garanti doit aussi être pondéré par l'existence, dans le cadre du droit de l'insolvabilité, d'une procédure de redressement volontaire, imposant notamment un moratoire aux créanciers garantis aux fins de réorganisation. Les créanciers garantis peuvent se prévaloir d'un système efficace de recouvrement des créances garanties assorti d'une législation de la réorganisation judiciaire, de même que d'un système efficient d'exécution des jugements, comme l'un des moyens d'obtenir des résultats prévisibles plus efficacement. La décision du créancier garanti de faire valoir sa sûreté étant pleinement crédible, le débiteur doit, soit s'acquitter de sa dette, soit déposer une demande de réorganisation, saisissant le tribunal et protégeant les autres créanciers par la publication d'un avis d'engagement de procédure d'insolvabilité.
31. Plus largement, la possibilité d'engager une procédure de redressement face à l'existence du crédit garanti encourage les entrepreneurs à prendre des risques. Si l'on accorde aux parties garanties trop de pouvoir sur les débiteurs, les entrepreneurs peuvent hésiter à se lancer dans de nouvelles activités, et les obstacles opposés par des créanciers garantis ennemis du risque à leurs initiatives peuvent nuire à la réussite économique. La solution à long terme consiste à développer un marché financier efficace qui permet aux entrepreneurs florissants de lever des capitaux et d'emprunter sans garantie. À plus brève échéance, une procédure de réorganisation offrant aux débiteurs une chance de sauver un fonds en difficulté temporaire, tout en offrant aux créanciers la protection d'une supervision judiciaire introduit un certain équilibre. L'exécution des droits des créanciers garantis alliée à une protection judiciaire d'une opération de renflouement entreprise en vertu de la législation de l'insolvabilité instaure un équilibre approprié entre débiteurs et créanciers, incitant vigoureusement les uns et les autres à négocier des solutions raisonnables sans recourir aux tribunaux.
32. En ce qui concerne le rapport entre des systèmes de crédit garantis et des régimes de faillite efficaces, on notera surtout qu'un régime de crédit garanti peut tenir lieu de procédure de redressement. S'il encourage un créancier (généralement une banque) à obtenir un privilège sur tous les actifs d'un débiteur, celui-ci est véritablement en mesure de devenir partenaire de l'entreprise. Lorsque les traditions commerciales accordent davantage de pouvoir aux créanciers garantis (comme c'est le cas au Royaume-Uni), on compte que le créancier garanti disposera d'informations approfondies sur la situation de l'affaire et fournira des fonds à l'entreprise aussi longtemps que cela est raisonnablement prudent pour empêcher son échec. Dans ce contexte, lorsque le prêteur fait appel au syndic ou séquestre, on peut donc généralement admettre que l'entreprise n'est plus viable et devra être liquidée. Ainsi, au Royaume-Uni, l'administrateur judiciaire (Administrative receiver) parvient souvent à améliorer la situation de l'entreprise et à la réduire à une filiale spécialement constituée pour pouvoir être vendue en tant que société saine, dotée d'actifs et libre d'obligations. Un système qui adopte une pareille optique est

généralement moins tributaire des procédures de redressement relevant du droit de l'insolvabilité. Reste qu'il faut quand même des systèmes de redressement pour traiter les entreprises victimes de difficultés financières dont les actifs ne sont pas pleinement ou substantiellement nantis par un seul créancier et lorsque les procédures de redressement offrent des perspectives plus souhaitables de résultats pour toutes les parties concernées. Dans le même temps, renforcer les droits d'un créancier risque également, à l'évidence, d'exposer le débiteur à la pression économique dudit créancier ou même à ses caprices. Les décideurs doivent laisser le choix aux participants au marché et tenir compte des circonstances en offrant les deux options, compte tenu des caractéristiques et des besoins particuliers du système en cause.

33. Enfin, comme dans presque tout effort d'élaboration du droit, on ne doit pas réformer un élément sans examiner les autres éléments du système. Cela vaut pour le régime des sûretés comme pour le régime de l'insolvabilité qui ne peuvent ni l'un ni l'autre être envisagés isolément. La procédure d'insolvabilité s'inscrit dans le prolongement de la gamme des possibilités d'exécution offerte aux créanciers, mais c'est là une procédure qui ne doit être déclenchée qu'en cas d'insolvabilité, ou lorsque l'impact d'un problème de crédit ne se limite pas à un litige entre deux parties. Le risque d'insolvabilité fait partie des risques d'inexécution des obligations. De ce fait, les prêteurs garantis tiendront compte des droits qui sont les leurs en cas d'insolvabilité dans le cadre de l'évaluation d'ensemble du risque qui les conduit à fixer le prix d'un crédit et à déterminer le niveau de garantie qui les assure d'un plein recouvrement. Des incohérences et des inadéquations dans le traitement des droits altéreront l'application de ces procédures, ce qui peut conduire à une forte élévation des charges de financement visant à compenser les risques d'insolvabilité. Un cas d'insolvabilité ou l'engagement d'une procédure d'insolvabilité ne devrait avoir aucun effet sur l'existence ou la priorité d'un intérêt garanti. Dans la mesure du possible, la législation de l'insolvabilité doit avoir pour objet d'instaurer un bon équilibre qui, tout en respectant les droits garantis, les traite de manière à encourager la stabilité et des systèmes financiers et des marchés du crédit.
34. **Transparence, responsabilité et gouvernement d'entreprise.** Il faut fixer des normes minimum de transparence et de gouvernement d'entreprise pour encourager la communication et la coopération. Pour permettre une évaluation judicieuse des risques, il est recommandé que la publicité de l'information de base (états financiers, statistiques d'exploitation et flux de trésorerie détaillés, etc.) soit de règle. Les normes de comptabilité et d'audit doivent être compatibles avec les pratiques optimales internationales de sorte que les créanciers puissent évaluer le risque de crédit et surveiller la viabilité financière du débiteur. Il faut un cadre juridique et un processus judiciaire prévisibles et fiables pour pouvoir appliquer des réformes, assurer un traitement équitable à toutes les parties et décourager les pratiques inacceptables. Le droit et la réglementation des sociétés doivent dicter la conduite des actionnaires de l'emprunteur. Un conseil d'administration de société doit être responsable, comptable et indépendant de la direction, sous réserve des pratiques optimales de gouvernement d'entreprise. La loi doit être appliquée avec impartialité et de manière cohérente.
35. Transparence et bon gouvernement d'entreprise sont les fondements d'un régime de prêt et d'un secteur des entreprises solides. Il y a transparence lorsque l'information est recueillie et facilement accessible aux autres parties et, conjuguée à un comportement satisfaisant d'« entreprises citoyennes », crée des conditions propices à l'information et à la communication, propres à renforcer la coopération entre toutes les parties. La transparence et le gouvernement d'entreprise jouent un rôle particulièrement important sur les marchés émergents, lesquels sont davantage sensibles à l'instabilité des facteurs externes. Faute de transparence, la probabilité que la tarification des prêts ne reflète pas les risques sous-jacents augmente, d'où des taux d'intérêt et autre charges plus élevés.

36. Transparence et solidité du gouvernement d'entreprise sont indispensables pour les transactions intérieures aussi bien que trans-frontières, et à tous les stades de l'investissement (au départ, lors de l'octroi d'un prêt, pour la gestion des engagements pendant la durée du prêt, et en particulier lorsqu'il devient apparent qu'un emprunteur a des difficultés financières et que le prêteur cherche une voie de sortie). Les prêteurs doivent avoir confiance dans leur investissement, et ils ne peuvent acquérir cette confiance qu'en exerçant une surveillance permanente, que ce soit avant ou durant une restructuration ou après la mise en œuvre d'un plan de réorganisation.
37. Pour l'emprunteur, l'évolution continue des marchés financiers se traduit par l'apparition de nouveaux participants, d'instruments financiers et la complexité du cadre de l'activité de l'entreprise. Aujourd'hui le créancier (y compris le créancier étranger) peut tout aussi bien être un bailleur, une banque d'affaires, un fonds spéculatif, un investisseur institutionnel (compagnie d'assurance ou fonds de pension, etc.), un investisseur spécialisé dans le rachat de titre de créances en difficulté ou un prestataire de services de trésorerie ou de produits des marchés financiers qu'une banque commerciale traditionnelle. Par ailleurs, des produits financiers sophistiqués tels que taux d'intérêt dérivés, produits dérivés sur devises et dérivés de crédit deviennent de plus en plus courants. Conçus pour réduire le risque, ces instruments peuvent paradoxalement, en période d'instabilité du marché, accroître le profil de risque de l'emprunteur, en introduisant des problèmes complexes de compensation et de suivi du risque de règlement. L'existence de structures financières et de techniques de financement complexes peut accroître le potentiel d'emprunt de l'emprunteur aux premiers stades du prêt. Mais cet effet de levier peut aussi accroître la sensibilité à des facteurs externes, comme les conditions de taux d'intérêt dans une économie en développement, et accroître globalement les risques.
38. Quant au prêteur, dès qu'il apparaît qu'une entreprise éprouve des difficultés financières et est proche de l'insolvabilité, il veut avant tout maximiser la valeur des actifs de l'emprunteur, de manière à se faire rembourser le maximum de sa créance. L'appui apporté par un prêteur à un plan de sortie, que ce soit par voie de réorganisation et de redressement ou de liquidation, est fonction de la qualité du flux d'informations. La restructuration du bilan d'une société ne peut se faire que si le prêteur est à même de déterminer avec prudence la faisabilité du report de l'échéance finale, de la prolongation du calendrier d'amortissement, du report des intérêts, d'un refinancement, ou de la conversion de la dette en prise de participation, et parallèlement, ou à l'inverse, d'encourager la vente d'actifs non essentiels et l'abandon des activités non rentables. Il faut établir la valeur indicative de l'entreprise pour déterminer si l'on peut concrètement la vendre, la céder ou vendre une participation majoritaire. Ces valeurs doivent être établies pour l'entreprise en activité ou sur une base de liquidation pour confirmer quelle est la meilleure manière de recouvrer l'investissement. Quant aux plans de cession d'actifs, qu'ils aient pour objet de reconstituer les liquidités ou de réduire la dette, ils doivent être corroborés par des évaluations des actifs grevés et non grevés, tenant compte de la localisation de ces actifs et de leur facilité d'accès et du coût de cet accès. Tous ces efforts, ainsi que la maximisation de la valeur, sont tributaires de l'instauration de la transparence qui, en retour, leur apporte son concours.
39. La transparence renforce la confiance dans le processus décisionnel et, par là, encourage le recours à des options de restructuration extrajudiciaires. Ces dernières présentent l'avantage d'être souvent plus rentable pour les prêteurs qu'une liquidation pure par autorité de justice, en même temps qu'elles évitent les coûts, la complexité et les incertitudes liés aux voies de droit. Dans beaucoup de pays en développement, il est difficile de se procurer des données fiables aux fins d'une évaluation approfondie des risques. En fait, il est souvent trop coûteux d'obtenir la

quantité et la qualité d'information requises dans les pays industriels. Il n'en reste pas moins qu'il faut s'employer à améliorer la transparence.

40. **Prévisibilité.** Ce qui freine l'investissement sur les marchés émergents, c'est l'absence de règles bien définies et prévisibles d'allocation des risques et le manque de cohérence dans l'application des textes de loi. De plus, pendant les crises systémiques, les investisseurs exigent souvent des primes de risque d'incertitude trop lourdes pour rétablir l'équilibre sur le marché. Il arrive que des investisseurs s'abstiennent totalement de s'engager sur les marchés émergents malgré des prévisions de retour sur investissement l'emportant de très loin sur les risques connus. Les prêteurs rationnels exigeront des primes de risque propres à compenser l'incertitude systémique liée aux investissements sur les marchés émergents, au stade de l'engagement, de la gestion et du recouvrement. La probabilité pour les créanciers de devoir invoquer les règles d'allocation des risques augmente à mesure que les facteurs fondamentaux jouant en faveur de l'investissement se dégradent. Les règles d'allocation des risques fixent en effet des normes minimums qui contribuent énormément à limiter l'incertitude liée à une aggravation mais qui n'accroissent généralement pas la rentabilité sur les marchés qui ne sont pas en difficulté (surtout pour les investisseurs à revenu fixe). En cas de crise systémique, réelle ou imaginée, les prêteurs s'attachent généralement à réduire le risque, et les primes de risque montent en flèche. Dans ces périodes, l'incapacité à prédire le risque d'aggravation peut paralyser les marchés. Cette incapacité peut se répercuter sur les autres risques, en rendant les prêteurs réticents même envers les emprunteurs du pays épargnés par les difficultés.
41. Ceux qui prêtent sur les marchés émergents exigent une compensation face à plusieurs incertitudes liées aux procédures. En premier lieu, il existe souvent une asymétrie d'informations quant à la connaissance des règles locales et de leur application. Le sentiment général chez les prêteurs est que les parties prenantes locales peuvent manipuler les procédures à leur avantage, et sont souvent les bénéficiaires de manœuvres frauduleuses et de favoritisme. Deuxièmement, l'inefficacité, réelle ou perçue, du gouvernement d'entreprise fait craindre un détournement du capital, le non-respect des sûretés ou le gâchis. Troisièmement, le degré de reconnaissance des droits contractuels par la législation hors insolvabilité peut fort bien être imprévisible, auquel cas les créanciers étrangers se trouvent dans la pénible situation de ne pas avoir acheté ce qu'ils pensaient. Quatrièmement, faire appliquer les droits des créanciers peut exiger des sommes et des délais disproportionnés. Nombreux sont les créanciers qui ne sont simplement pas disposés à essayer d'améliorer les rendements si l'issue du processus d'exécution est imprévisible, ou ne sont pas mandatés pour le faire. En fin de compte, les prêteurs peuvent préférer une procédure hostile aux investisseurs, mais appliquée systématiquement, à l'incertitude, car elle permet de gérer le risque en ajustant les prix.
42. En outre, les marchés émergents sont, semble-t-il, particulièrement exposés à des changements rapides de direction et d'ampleur des flux de capitaux. Les retraits de fonds peuvent avoir raison des facteurs fondamentaux présidant à l'évaluation, et, comme cela s'est produit durant l'été 1998, il se peut que les créanciers se hâtent de vendre leurs actifs pour préserver la valeur et réduire leur endettement. Le marché secondaire perdant toute liquidité et l'effet de levier étant annulé, la valeur continue de chuter en une spirale qui s'auto alimente. Dans les pays industriels, il existe habituellement une catégorie de créanciers disposés à effectuer des investissements spéculatifs dans des actifs en difficulté, assurant ainsi une limite inférieure à l'évaluation. En théorie, ce type d'investisseurs existe aussi sur les marchés émergents. Mais en réalité, les opérateurs spécialisés dans le rachat d'actifs en difficulté y sont rares et n'ont généralement ni les fonds ni le désir d'apporter des capitaux en remplacement de ceux retirés par des créanciers ordinaires. Le plus souvent, les créanciers non spécialisés ne réaffectent pas de capitaux et ne comblent pas le déficit d'investissement, en partie parce que la courbe

d'apprentissage sur les marchés émergents est très abrupte mais aussi parce que l'incertitude règne quant aux règles d'allocation du risque. Résultat, le marché est inopérant faute d'acheteurs au prix que les vendeurs qui ne sont pas obligés de liquider tiennent et espèrent. Si les règles d'allocation du risque étaient plus sûres, les créanciers présents sur les marchés émergents, qu'ils soient spécialisés ou non, seraient plus disposés à injecter des capitaux frais en période de tension. Par ailleurs, les vendeurs craindraient moins de perdre de l'argent en vendant.

43. Les garanties juridiques, institutionnelles et réglementaires généralement plus faibles dans les pays en développement que dans les pays industriels n'assurent pas autant les prêteurs (nationaux et étrangers) que leurs investissements peuvent faire l'objet d'une surveillance ou que les droits des créanciers seront respectés, surtout en ce qui concerne le recouvrement de créances. En général, les activités opérationnelles, financières et les investissements d'un emprunteur ne sont pas transparents pour les créanciers. Une forte incertitude plane sur le droit contractuel, la législation de l'insolvabilité et les règles du gouvernement d'entreprise, tant au niveau du fond que de leur application concrète. Et les créanciers estiment qu'ils manquent d'information et qu'ils n'ont pas une emprise suffisante sur la procédure utilisée pour assurer le respect des obligations et recouvrer les dettes. Ce manque de transparence et de certitude sape la confiance des créanciers étrangers et les rend réticents à accorder des crédits.
44. Lorsque les lois et les procédures sont insuffisantes et leur application imprévisible, les créanciers étrangers n'accordent généralement de fonds qu'en échange de primes de risque inutilement élevées. En période de crise, il arrive qu'ils retirent entièrement leur concours financier. Les pays en développement auraient tout avantage à préciser les droits des créanciers et les régimes d'insolvabilité en vigueur et à veiller à leur application systématique et en toute transparence.

## 2. CADRE JURIDIQUE REGISSANT LES DROITS DES CREANCIERS

### 2.1 Recouvrement des créances non garanties (Principe 2)

45. *La réglementation du crédit doit s'appuyer sur des mécanismes permettant de recouvrer les créances de manière efficace, transparente et fiable, notamment saisie et vente d'actifs mobiliers et immobiliers et vente ou recouvrement d'actifs incorporels, tels que les créances dues au débiteur par des tiers.* Une exécution efficace des jugements est indispensable au bon fonctionnement du crédit, en particulier du crédit non garanti. Bien que la saisie d'actifs immobiliers et mobiliers permettant de payer des dettes ne soit souvent pas nécessaire, elle représente l'ultime menace adressée au débiteur récalcitrant pour le paiement de ce qui est dû. La formule est beaucoup plus efficace que la menace d'engagement d'une procédure d'insolvabilité forcée qui, dans de nombreux systèmes juridiques, suppose un niveau de vérification et des délais d'instruction qui, sauf dans les cas extrêmes, rendent la menace de faillite moins crédible aux yeux des débiteurs comme moyen de recouvrement des créances<sup>5</sup>. En revanche, la perspective de voir des biens précis (tels qu'un terrain, des comptes bancaires ou des stocks) saisis afin de payer un jugement poussera le débiteur solvable à procéder au paiement plutôt que de devoir subir l'humiliation et le coût élevé de la saisie.
46. Si le débiteur n'est pas solvable, l'existence d'un mécanisme de recouvrement efficace l'encouragera à engager une procédure d'insolvabilité. Et le régime d'insolvabilité, s'il est

---

<sup>5</sup> L'assouplissement des conditions de dépôt d'une demande d'engagement de procédure d'insolvabilité forcée par un créancier introduit un risque grave d'abus si ce dernier a la faculté d'obtenir de force le paiement d'une dette litigieuse en menaçant d'une procédure d'insolvabilité qui réduirait l'entreprise à néant.

efficace assurera la protection des actifs à l'avantage de toutes les parties concernées. Du point de vue du créancier, un mécanisme de recouvrement efficace représente souvent une voie de recours plus attrayante que l'engagement d'une procédure d'insolvabilité forcée, qui risque de conduire à un recouvrement tardif si le débiteur conteste cette initiative, et parce que les intérêts individuels du créancier sont souvent subordonnés aux buts et objectifs plus amples de la procédure collective. En bref, un mécanisme d'exécution des jugements efficace conjugue ses effets avec ceux d'un mécanisme de recouvrement efficace pour contraindre le débiteur – la partie disposant du plus d'informations sur sa situation financière – au paiement ou à l'engagement d'une procédure d'insolvabilité.

47. Bien que les méthodes d'exécution efficaces varient d'un système juridique à l'autre, quelques caractéristiques générales sont universelles. Lorsque le droit les prévoit, les mécanismes judiciaires de recouvrement des crédits non garantis doivent être rapides et peu coûteux. Ils doivent permettre la saisie de biens avant la fin de la procédure (notamment lorsque le créancier fournit une caution pour protéger les droits du débiteur au cas où il finirait par être débouté), la tenue rapide d'une audience pour obtenir, s'il y a lieu, le retour des marchandises, ou les deux. En outre, les méthodes d'exécution doivent comprendre des procédures sommaires (référé, par exemple) d'obtention de jugements, lorsqu'il n'existe pas de contestation réelle et fondée de la dette, et des mesures conservatoires pour mettre les actifs à l'abri pendant le déroulement de la procédure.

## 2.2 Législation des sûretés réelles (Principe 3)

48. *Le cadre juridique doit stipuler les règles applicables à la constitution et à la reconnaissance de sûretés réelles, ainsi qu'à l'exécution des garanties y afférentes, sur les actifs mobiliers et immobiliers (réels), conformément à un accord ou à la loi<sup>6</sup>. Ce qui est surtout révélateur de la puissance d'une sûreté réelle, c'est son efficacité en cas de faillite du débiteur, mais la sûreté offre également un moyen important de recouvrement en dehors d'une situation de faillite. Pour pouvoir répondre aux besoins des affaires modernes, la législation des sûretés réelles doit inclure quelques principes de base. Certains sont essentiels à tout système juridique. À d'autres égards, il n'y a pas une « bonne » solution, aussi le choix dépend-il des usages culturels et sociaux du pays concerné.*
49. *Le régime juridique doit reconnaître les sûretés constituées sur toutes les classes d'actifs, mobiliers et immobiliers, corporels et incorporels, y compris les inventaires, les effets à recevoir et les produits. Certains types d'actifs (matériel agricole, par exemple) et de débiteurs peuvent nécessiter un traitement particulier, qui ne doit pas cependant aller à l'encontre du principe général. Sous réserve de ces cas particuliers, la disponibilité de sûretés ne doit pas être limitée au domaine foncier, mais doit englober tous les types de biens mobiliers, corporels ou incorporels, y compris les comptes clients et les droits de la propriété intellectuelle. Dans leurs formes les plus élaborées, ces régimes peuvent comprendre l'approche fonctionnelle intégrale (appliquée, par exemple, aux États-unis et au Canada), en vertu de laquelle le cadre juridique général des prêts garantis couvre l'utilisation, à titre de gage, d'un bien mobilier, indépendamment de la forme de l'accord.*
50. *Les prêteurs doivent avoir la faculté de constituer une sûreté réelle sur un bien à venir, et ce, à l'échelle mondiale. Les systèmes juridiques de la Common law reconnaissent depuis longtemps aux créanciers la faculté de constituer une sûreté sur un bien à venir du débiteur (lequel n'est*

---

<sup>6</sup> Cette analyse des dispositifs de crédit garanti ne porte que sur leur relation avec les régimes d'insolvabilité. Il est recommandé aux lecteurs s'intéressant à une réforme plus globale des dispositifs de crédit garanti de se reporter à des sources plus détaillées.

pas nécessairement identifiable au moment de la conclusion du contrat de sûreté) et de considérer que la sûreté réelle grève automatiquement ce bien, après son acquisition par le débiteur, sans qu'il soit nécessaire d'établir un nouvel acte de transfert. Certains systèmes juridiques de droit civil le prévoient également pour certains types d'actifs. Par exemple, le droit allemand autorise le transfert d'une sûreté portant sur des biens meubles corporels et la cession d'une sûreté portant sur des créances, prenant en compte dans les deux cas, la prise d'une sûreté sur un bien acquis postérieurement. Pour les besoins du financement moderne, les prêteurs doivent avoir la faculté de constituer une sûreté sur un regroupement variable d'actifs qui accroît la capacité à prendre une sûreté à une échelle mondiale, mais à la condition que les exigences des juridictions concernées soient satisfaites. En Angleterre, la charge flottante s'est avérée un instrument de financement extrêmement efficace et souple, tandis qu'aux États-Unis et au Canada, des résultats similaires sont obtenus de façon plus directe grâce au privilège flottant prévu par l'article 9 du Code de commerce uniforme des États-Unis et les Lois sur les sûretés relatives aux biens personnels canadiennes inspirées par le Code<sup>7</sup>. Quelques systèmes de droit civil parviennent à obtenir des effets similaires au moyen d'une hypothèque, d'un nantissement, ou d'une charge de fonds de commerce.

51. *Il doit exister une sûreté pour toute obligation, présente ou future, incombant à un débiteur à l'égard d'un créancier, et entre tous types de personnes.* Les contrats de crédit modernes offrent une gamme d'options de financement, dont souvent des possibilités facultatives de retrait ou d'emprunt (telles que les mécanismes de crédit renouvelable). Lorsqu'un crédit prévoit des prêts futurs, les obligations doivent pouvoir être garanties dès le début de l'opération. L'existence d'une règle exhaustive sur les obligations et les personnes couvertes encouragera à multiplier les formules pour adapter les mécanismes de crédit aux besoins des clients et des entreprises.
52. *La loi doit autoriser la constitution de sûretés à caractère possessoire aussi bien que non possessoire sur les actifs corporels.* Dans le cas d'une sûreté portant sur des biens meubles, exiger la livraison représente un sérieux obstacle. Ces biens meubles sont généralement détenus par le débiteur pour être utilisés dans son entreprise (matériel) ou pour être vendus (stocks). Leur livraison au créancier priverait le débiteur de la faculté de les utiliser ou de les vendre et de dégager ainsi un revenu lui permettant de régler la dette. La loi doit donc autoriser la constitution de sûretés non seulement possessoires mais également non possessoires sur les actifs corporels.
53. *Les régimes de crédit garanti doivent couvrir l'intégralité des classes et des utilisations de biens.* L'exclusion de certains types de biens, de catégories d'emprunteurs ou de prêteurs, ou de classes d'opérations doit être évitée car ces exclusions amoindrissent l'efficacité du régime de crédit garanti. Les classes de nantissement ne peuvent pas toutes être assujetties aux mêmes règles. Par exemple, il importe d'établir une distinction entre les sûretés réelles assorties d'un droit de possession et celles qui ne sont pas assorties d'un tel droit, entre les stocks et le matériel et les biens de consommation, entre la sûreté garantissant la somme fournie pour un achat et celle qui n'offre pas une telle garantie, et entre la sûreté revêtant la forme d'un nantissement initial et celle concernant les produits. Ces distinctions exerceront une influence sur tous les éléments du droit des sûretés : la constitution, l'opposabilité et le rang de priorité.

---

<sup>7</sup> L'article 9 du Code de commerce uniforme des États-Unis représente la première et la plus efficace approche fonctionnelle et intégrée de la sûreté relative aux biens. Cette optique a été adoptée par le Canada avec les lois sur les sûretés mobilières. Ces lois ne sont pas fédérales mais provinciales et diffèrent d'une province à l'autre (ou, dans le cas du CCU, d'un État à l'autre). La Nouvelle-Zélande a également adopté une législation similaire.

54. *Les méthodes de notification doivent permettre d'informer les créanciers, les acquéreurs et la population en général de l'existence de sûretés réelles.* L'obligation d'identifier précisément chaque élément d'un nantissement qu'imposent encore certains systèmes juridiques est pesante, même lorsqu'elle s'applique à des actifs existants, particulièrement lorsque ceux-ci ne se prêtent pas à une identification unique. Cette stipulation rend également difficile, voire impossible, la constitution de sûretés sur des biens à venir, a fortiori la constitution d'une sûreté globale. Le nantissement doit être décrit d'une manière suffisante à identifier l'actif sur lequel une sûreté est revendiquée comme entrant dans le champ d'application du contrat de sûreté. À cette fin, certains commentateurs estiment que la sûreté constituée sur « tous les effets à recevoir, présents et futurs, du débiteur » ou sur « tous les biens, présents et futurs, du débiteur » est satisfaisante. D'autres pensent qu'une description générique du type de nantissement concerné (inventaires, matériel, etc.) doit venir à l'appui d'une telle déclaration.
55. *La constitution d'une sûreté réelle doit être facile et économique.* Si l'on veut promouvoir des marchés du crédit efficaces, les procédures de constitution et de prise de sûretés réelles ne doivent pas être trop complexes. Des procédures complexes pourraient décourager le recours au marché en raison de leur complexité ou du coût afférent au processus. Les coûts étant généralement à la charge des emprunteurs, plus le système est efficace et bon marché, moins le financement est coûteux. Un financement meilleur marché encourage l'accès au crédit.
56. La plupart des systèmes juridiques exigent que la sûreté soit constituée ou attestée par un acte sous seing privé signé par le débiteur et identifiant le nantissement et les obligations garanties. Il est relativement aisé de satisfaire à ces exigences. Les formalités supplémentaires contraignantes et occasionnant des dépenses, comme la certification par notaire, doivent être évitées. En ce qui concerne les sûretés réelles portant sur des valeurs de placement, la tendance à l'immobilisation et à la dématérialisation des titres conduit à l'abandon des transferts à support papier au profit de systèmes de transfert électronique pour réaliser des opérations de bourse. Cela exige normalement que la législation abroge les obligations légales concernant les documents, les écrits et les signatures pour les remplacer par un système documentaire électronique.
57. En cas de cession de sûretés constituées sur des créances, certains systèmes juridiques exigent qu'une notification formelle de la cession de sûreté soit remise au débiteur du débiteur (dénommé « débiteur du compte ») (dans certains cas par une personne habilitée et dans des formes prescrites). Il ne s'agit pas simplement d'empêcher le débiteur du compte de payer le cédant ou pour préserver le rang de priorité du cessionnaire, mais également d'assurer la validité de la cession. Autrement dit, la notification est un élément constitutif de la constitution d'une sûreté : à défaut de notification remise au débiteur du compte, la cession est dépourvue d'effet. Cependant, la notification remise à un débiteur du compte qui, contrairement à l'enregistrement, n'a aucune fonction de notification publique, peut difficilement être utilisée pour les cessions en grandes quantités et la sûreté constituée sur un flux continu d'effets à recevoir. En outre, le caractère obligatoire de la notification est incompatible avec le concept de

sûreté couvrant des classes d'actifs et celui de sûreté sur biens à venir car ceux-ci ne se prêtent pas une spécification individuelle<sup>8</sup>.

58. *Le régime des sûretés doit fixer les règles applicables au rang des détenteurs de créances ou de sûretés sur un même bien et minimiser le nombre de rangs de priorité prévalant sur une sûreté réelle prenant la forme d'un nantissement.* Un régime élaboré applicable aux sûretés réelles doit comprendre des règles sur le rang des titulaires d'intérêts sur un nantissement. Par exemple, il se peut que le législateur envisage la possibilité d'accorder une priorité à la sûreté réelle constituée sur un bien acquis avec un financement fourni à cet effet (connue sous le nom de « sûreté garantissant la somme fournie pour un achat »). Un excellent exemple est celui du crédit commercial accordé par les vendeurs de marchandises et principalement garanti par la réserve de propriété ou une sûreté réelle équivalente garantissant le montant dû au titre de l'achat. Ceci évite de donner au premier financier un monopole sur les prêts accordés au débiteur et de s'approprier indûment le bien acquis par le débiteur grâce aux financements de prêteurs intervenus par la suite. Dans certains pays, les salaires impayés, les taxes et de nombreuses autres dettes passent avant une sûreté réelle lors de la distribution du produit de la vente d'un bien grevé d'une sûreté réelle, de sorte que les titulaires de créances garanties sont privés des avantages normalement liés à ce type de crédit. Toute antériorité sur la partie nantie représente un coût considérable qui, en règle générale, est répercuté sur les emprunteurs sous forme de renchérissement des taux d'intérêts et des coûts de transaction. Le souci de l'intérêt public qui préside à l'octroi de la priorité (par exemple, favoriser les travailleurs) ne produit souvent que des avantages mineurs et occasionnels, obtenus aux dépens de l'ensemble du système commercial. De telles priorités doivent être éliminées, réduites et, lorsque l'intérêt public l'exige, être prises en compte par le biais d'autres réformes juridiques ne compromettant pas le crédit garanti.

### **2.3 Inscription et enregistrement des sûretés (Principe 4)**

59. *Il doit exister un moyen efficace et économique de faire connaître l'existence d'une sûreté sur des actifs mobiliers et immobiliers, l'enregistrement étant la principale méthode et de loin la préférable. L'accès au registre doit être peu onéreux et ouvert à tous, aussi bien aux fins d'inscription que de recherche.* Comme on l'a vu, il faut autoriser les sûretés, assorties ou non d'un droit de possession. Lorsqu'une sûreté réelle est assortie d'un droit de possession, ce qui signifie que les actifs nantis sont en la possession du créancier ou d'un tiers, un autre prêteur ou acheteur potentiel se verra interdit de considérer que ces actifs appartiennent au débiteur ou qu'ils peuvent être cédés par ce dernier. Mais il en va différemment lorsque la sûreté n'est pas assortie d'un droit de possession, à savoir lorsque les actifs demeurent en possession de l'emprunteur (c'est le cas des bâtiments, des accessoires, du matériel et des autres éléments de ce genre). Il faut alors un système permettant la notification publique des sûretés réelles à caractère non possessoire ; ce sera de préférence, une inscription dans un bureau public.

---

<sup>8</sup> La notification adressée au débiteur du compte ne représente pas un élément constitutif d'une cession de sûreté dans le projet de Convention de la CNUDCI sur la cession relative au financement par effets à recevoir ou dans la version préliminaire du chapitre consacré à la cession de la Troisième partie (à paraître) des Principes du Droit européen des Contrats préparée par la Commission sur le Droit européen des Contrats. Il est intéressant de constater, depuis quelques années, un abandon rapide de la notification du financement par effets à recevoir. La subordination de la protection contre les créanciers dans la masse du cédant à une notification aux débiteurs individuels oppose un sérieux obstacle à ce type de financement et complique l'octroi de sûretés sur les effets à recevoir futurs, car l'identité du débiteur peut ne pas être connue au moment de la cession. A cet égard, de nombreux systèmes juridiques de droit civil commencent à adapter leurs lois.

60. Un enregistrement ou un système similaire s'impose pour empêcher un débiteur d'obtenir un crédit supplémentaire sur la base de sa propriété apparente des actifs (la doctrine de la « fausse richesse »). De tels systèmes permettent aux tiers ayant l'intention de constituer une sûreté sur les actifs d'être informés de l'existence d'une sûreté réelle antérieure. L'enregistrement joue également un rôle majeur dans le classement des rangs de priorité. Les actifs pouvant faire l'objet d'une identification unique, tels qu'aéronefs, navires ou véhicules motorisés, peuvent être enregistrés nommément. S'agissant d'autres actifs, l'enregistrement est effectué au nom du débiteur. Dans le cadre d'une politique faisant droit à la constitution de sûretés globales (sur tous les actifs), le système d'enregistrement doit permettre à cette sûreté grevant des biens actuels ou à venir d'être effectuée par un enregistrement unique. Un système d'enregistrement moderne doit être électronique et permettre un enregistrement et une recherche en ligne. L'expérience du Canada et des États-Unis prouve qu'on peut maintenir les frais d'enregistrement et de recherche à de modestes niveaux, tout en permettant une exploitation rentable du système d'enregistrement.
61. La plupart des États disposent de systèmes d'enregistrement des droits de propriété, dont le champ d'application et l'efficacité sont variables, pour certains actifs comme la propriété foncière, les navires, les aéronefs et la propriété intellectuelle. Les avis diffèrent sur l'enregistrement des sûretés réelles grevant d'autres biens (marchandises ou biens incorporels). La plupart des provinces canadiennes et des États américains ont des systèmes d'archivage visant à avertir les créanciers non garantis de l'existence d'une sûreté réelle et à régler les priorités (telles que les doubles hypothèques). Le système de la *Common law* applicable à l'enregistrement des charges grevant les actifs des entreprises, adopté par 70 juridictions, est essentiellement un système d'avertissement, et non pas un système d'établissement des priorités, même s'il produit des effets sur les priorités. À l'inverse, quelques juridictions importantes, comme l'Allemagne et les Pays-Bas, n'ont pas souhaité adopter ce mode de notification.
62. Idéalement, il faudrait minimiser le nombre des registres d'inscription des sûretés réelles. La plupart des systèmes ont un régime distinct applicable aux sûretés réelles foncières, car celles-ci sont plus complexes, identifiables de façon précise et se prêtent à une inscription au regard de l'actif donné à titre de sûreté. La sûreté concernant la plus grande partie des catégories de biens mobiliers, y compris les biens incorporels, est prise à l'encontre du débiteur, qui est généralement enregistré ou a son siège dans un lieu déterminé. En application de conventions internationales, la majeure partie des pays disposent de registres distincts pour les navires et les aéronefs. Lorsqu'il existe un grand nombre de registres pour une classe particulière d'actifs, mobiliers ou immobiliers, il est utile d'établir des liens ou des redondances entre eux. Ces registres doivent être ouverts à la population à des fins d'inscription et de recherche. La déclaration requise ne doit être qu'une simple notification des faits les plus essentiels relatifs à la transaction garantie (par exemple, le nom et l'adresse du débiteur, le nom et l'adresse du créancier, la date et la description générale du nantissement sur lequel la sûreté réelle a été accordée). Il n'y a pas lieu d'archiver le contrat établi entre le débiteur et le créancier, ou les conditions de ce contrat. Le système de notification et d'enregistrement doit se borner à donner à un chercheur un moyen de découvrir qu'il existe une partie garantie qui se prévaut de droits de sûreté grevant des actifs, actuels et futurs, de la classe décrite. Dans un système d'enregistrement électronique, les recherches sont traitées, sans aide humaine, par des ordinateurs, d'où la notion d'archivage de notifications (les données stipulées sont transmises au registre sans archivage ni même présentation de contrats de sûreté ou d'autres documents). Il appartient au chercheur d'agir comme il le juge prudent pour protéger ses intérêts, c'est-à-dire, normalement, de demander un complément d'informations à son débiteur potentiel ou à la partie garantie.
63. Les responsables du registre n'ont pas à vérifier l'exactitude ou la légalité des archivages. Les prêteurs doivent assumer le risque de voir une inexactitude grave invalider, en totalité ou en

partie, l'inscription ce qui peut ôter sa force exécutoire à la sûreté réelle. En conséquence, le registre doit avoir peu de personnel et des frais de fonctionnement modestes. Le registre idéal sera électronique, une forme qui permettra aux nations l'adoptant de brûler des étapes technologiques et de dépasser les systèmes occidentaux actuels pour les remplacer par un système rapide, bon marché et accessible à toutes les régions du pays. L'archivage électronique facilitera également l'établissement de liens entre les registres s'il en existe plus d'un. Il faudra envisager de sous-traiter la gestion des registres à des entités privées compétitives, non gouvernementales qualifiées, qui agiraient sous le contrôle de l'État (comme en Colombie et en Roumanie).

#### 2.4 Exécution des sûretés (Principe 5)

64. *La loi doit prévoir des méthodes efficaces, peu coûteuses, transparentes et prévisibles d'exécution des sûretés. Les procédures d'exécution doivent permettre de réaliser rapidement les droits détenus sur des actifs nantis et d'assurer le meilleur recouvrement possible de la valeur des actifs sur la base de leur valeur marchande. Les méthodes d'exécution envisagées seront aussi bien non judiciaires que judiciaires.* La protection du créancier par divers dispositifs de sûreté, tels que ceux analysés ci-dessus, n'offre que peu d'assistance concrète si elle n'est pas complétée par des mécanismes d'exécution judiciaires et efficaces. Au nombre de ces mécanismes figurent les méthodes habituelles de recouvrement de créances, y compris l'auto assistance, l'action en justice, la saisie d'une hypothèque et les procédures d'exécution. Ces systèmes de recouvrement fortifient et stimulent les pratiques suivies en matière de crédit dans le pays, encouragent l'investissement direct étranger et disciplinent les emprunteurs rétifs ou incompetents. Sur les marchés en crise, comme sur les marchés normaux, les mécanismes de recouvrement jouent un rôle essentiel dans les décisions d'investissement et servent de base pour évaluer les droits reconnus par la loi. Si ces droits peuvent être exécutés de façon sûre et prévisible, les emprunteurs et les créanciers sont généralement enclins à convenir d'une résolution à l'amiable des créances.
65. Ce principe a plusieurs corollaires. En premier lieu, il est plus facile de faire exécuter les sûretés lorsque que le droit permet aux parties de se mettre d'accord sur les voies de recours utilisables en cas de défaut de paiement, en dehors des tribunaux, mais offre au débiteur des garanties adéquates lorsqu'il faut faire appel à la justice. Parmi les voies de recours extra-judiciaires peuvent figurer des modalités d'auto assistance, pour autant qu'elles fassent l'objet d'un consensus et ne violent pas les droits reconnus par la loi à autrui et ne troublent pas l'ordre public. En cas de manquement du débiteur, l'existence de moyens non judiciaires de saisie et de vente d'un nantissement renforcent l'efficacité et l'utilité économique du crédit garanti. Les moyens non judiciaires comprennent la reprise de possession et la vente (telles que prévues par l'article 9 du Code du commerce uniforme des États-Unis et par les lois canadiennes sur les sûretés mobilières), la mise sous séquestre (comme au Royaume-Uni) et l'exécution non judiciaire par huissier de justice ou *marshal* (au sens qui lui est attribué en Amérique du nord) des instruments établis ou enregistrés par un notaire pouvant être mis en œuvre. S'il est permis de recourir à des méthodes extra judiciaires, il faudra introduire des normes assurant le respect de procédures adéquates de saisie et la vente du nantissement à un prix juste et raisonnable<sup>9</sup>.
66. Lorsqu'il est impossible de recourir à des méthodes d'auto assistance, les procédures d'exécution doivent permettre aux parties de bénéficier d'une exécution fondée sur une procédure sommaire et accélérée de recouvrement et de vente du nantissement, par voie judiciaire ou aux enchères

---

<sup>9</sup> Eu égard à l'effet de l'exécution et au rang de priorité en cas d'insolvabilité, on se référera aux analyses afférentes au Principe 15 sur la mise en réserve de paiements et au Principe 16 sur le rang de priorité des parties intéressées.

publiques. L'exécution par la saisie et la vente du nantissement doit être rapide, peu coûteuse et être soumise à des règles ou assortie d'incitations favorisant la reconnaissance de la bonne valeur du nantissement. Un prompt recouvrement garantit la réalisation de la valeur de marché, évitant la perte de valeur due à une exécution tardive ou aux opportunités de réinvestissement. Enfin, les créanciers garantis doivent être en droit d'affecter le produit de la cession des actifs au remboursement de leurs créances dans les meilleurs délais. Des règles particulières peuvent mieux convenir aux actifs incorporels tels que les comptes clients.

### 3. CADRE JURIDIQUE REGISSANT L'INSOLVABILITE DES ENTREPRISES

#### 3.1 Principaux objectifs et politiques (Principe 6)<sup>10</sup>

67. *Chaque pays adopte des méthodes différentes, mais, pour être efficace, un régime d'insolvabilité doit avoir pour but de :*

- *s'insérer dans le cadre plus large du système juridico-commercial ;*
- *maximiser la valeur des actifs d'une entreprise, y compris en lui offrant la possibilité de se réorganiser ;*
- *trouver un juste milieu entre liquidation et réorganisation ;*
- *accorder un traitement équitable aux créanciers de rang similaire, notamment aux créanciers nationaux et étrangers ;*
- *empêcher le démantèlement prématuré des actifs du débiteur par un créancier particulier pressé d'obtenir un jugement ;*
- *permettre le règlement opportun, efficace et impartial des cas d'insolvabilité ;*
- *mettre en œuvre une procédure transparente qui encourage la collecte et la diffusion d'informations ;*
- *reconnaître les droits des créanciers existants et respecter le rang de priorité des créances suivant un processus prévisible et bien établi ;*
- *créer un cadre pour le traitement des cas d'insolvabilité transnationale, qui reconnaisse les procédures étrangères.*

68. **Intégration.** Le régime de l'insolvabilité doit compléter le système juridique de la société dont il est issu et être compatible avec celui-ci. Sa bonne application nécessite que les tribunaux ou les entités (judiciaires, professionnelles, institutionnelles, réglementaires, et administratives) concernés aient les capacités correspondant à ses procédures et à ses règles de fond. Dans la mesure du possible, le régime d'insolvabilité d'un pays doit faire l'objet d'une surveillance permanente permettant de vérifier que son application est conforme aux politiques et aux finalités ayant présidé à sa conception.

69. **Maximisation de la valeur des actifs.** C'est là un des objectifs cruciaux du processus d'insolvabilité. Les administrateurs et autres parties prenantes doivent être fortement incités à réaliser des valeurs élevées, car, de ce fait, les créanciers recevront des montants plus élevés en partage lors de la répartition des produits du processus et la charge que représente pour eux l'insolvabilité s'en trouvera réduite. Ce n'est pas chose facile, car les créanciers sont généralement guidés par leur seul intérêt personnel. Parfois, alors que les créanciers

---

<sup>10</sup> Le rapport du Groupe de travail du G-22 sur les crises financières internationales (Report of the Working Group on International Financial Crises) p. 16 et 44-45 (1998) considère la plupart des éléments analysés ici au Principe 6 comme des principes essentiels. Le Principe 24 traite des considérations internationales.

revendiquent des droits de rang supérieur, en tant que créanciers garantis ou créanciers in rem<sup>11</sup>, il peut être légitime de les traiter différemment. En règle générale, pour maximiser la valeur, il se peut qu'il faille que l'entreprise demeure exploitée comme une unité productive complète avant sa vente, ou simplement pour préserver la valeur maximum de ses actifs. Cet objectif conduit à prendre en compte plusieurs considérations, dont la nécessité de protéger le fonds et ses actifs contre les actions que pourrait tenter tel ou tel créancier, l'équilibre à respecter entre une liquidation rapide et un effort de redressement de l'entreprise, le montant de l'investissement à consentir pour préserver ou augmenter la valeur et les implications pour les autres parties prenantes, le pouvoir discrétionnaire pouvant être exercé par des administrateurs qualifiés, et la mesure dans laquelle les créanciers doivent être autorisés à surveiller le processus. Certaines de ces caractéristiques ont rapport à l'efficacité des procédures et aux institutions que les appliquent. C'est pourquoi cet objectif est aussi pris en compte dans l'analyse du cadre institutionnel à la section 4.

70. **Politique de redressement.** La tendance moderne à chercher à redresser ou renflouer l'entreprise s'inscrit dans le prolongement de l'objectif de maximisation de la valeur. Elle repose sur l'idée que la valeur du tout est supérieure à la valeur des éléments. Autrement dit, une entreprise est plus précieuse en activité qu'une fois liquidée. Il s'agit aussi ici de servir d'autres objectifs, tels que la préservation des emplois. On applique cette politique en imposant un moratoire lors de l'engagement de la procédure d'insolvabilité pour empêcher les créanciers de se lancer dans des opérations de recouvrement ou d'exercer des recours qui démembrement l'entreprise au profit des quelques-uns. Comme l'indique l'analyse ci-après, le moratoire doit être bref et viser à stabiliser l'activité de l'entreprise et à établir s'il existe une chance raisonnable de la redresser. Ce moratoire offre au débiteur ou à l'administrateur un cadre neutre pour négocier une solution commerciale consensuelle, qui pourra, grâce au sauvetage de l'entreprise en activité plutôt qu'à la réalisation par voie de liquidation d'une valeur souvent bien moindre, être plus profitable aux créanciers.
71. **Équité de la répartition.** Ce principe repose sur l'idée que lors d'une procédure collective, les créanciers ayant des droits similaires doivent être traités de la même manière. Cette politique imprègne sur de nombreuses dispositions de la législation de l'insolvabilité, dont la suspension automatique des poursuites engagées, le moratoire sur le paiement des créances antérieures à la faillite, les modalités de mise en réserve des créances et de récupération du bien ou de la valeur, les procédures de classification et de vote dans le cadre d'un redressement et les mécanismes de distribution. Au départ, une ordonnance empêche l'exécution dans le désordre, « chacun pour soi », pour la remplacer par une exécution tenant compte des intérêts des créanciers, du débiteur et de l'État. Une autre expression de cette règle d'équité est la clause d'égalité de traitement *pari passu* des créanciers qui stipule que les créanciers doivent être réglés sur une base proportionnelle et dans l'ordre de priorité respective de leurs créances et intérêts sur le produit de la masse des biens liquidés<sup>12</sup>. Autrement dit, les créanciers aux droits juridiques égaux doivent être traités sur un pied d'égalité, et recevoir pour leur créance une part de la distribution

---

<sup>11</sup> Les créanciers détenant des droits *in rem* (réels) sont ceux qui détiennent un intérêt sur un bien qui a été hypothéqué ou gagé, ou dans lequel ils conservent une part. Ces points sont traités plus en détail au Principe 16.

<sup>12</sup> Les « biens », ou la « masse des biens de la faillite » désigne l'ensemble des actifs devant être administré lors de la procédure d'insolvabilité et sur lequel le tribunal exercera sa juridiction. Tous les régimes comportent ce concept et le définissent généralement comme la totalité des actifs de l'entreprise. Mais beaucoup excluent certains actifs sur lesquels telle ou telle personne détient des droits ou créances. Par ailleurs, certains actifs de la masse consistent en droits, garantis par la loi ou d'ordre contractuel, de recouvrement d'un paiement ou d'un actif, y compris d'actifs ou de la valeur d'actifs qui avaient été transférés de manière inappropriée à d'autres créanciers ou à des tiers.

en proportion du total des créances de même type. Dans la réalité la clause pari passu et la politique d'équité sont modifiées par les choix sociaux opérés entre les priorités des créances.

72. **Règlement en temps opportun, efficace et impartial.** Viser à une administration efficace et dans les meilleurs délais de la procédure sert la maximisation de la valeur des actifs, tandis que l'impartialité sert le principe de répartition équitable. Si l'on veut que la procédure d'insolvabilité ait un sens, elle doit être équitable et impartiale. Elle doit aussi permettre de réaliser une valeur significative si l'on veut qu'elle soit véritablement profitable aux créanciers. La valeur est fonction de plusieurs facteurs, comme l'aptitude à céder le fonds ou les actifs rapidement à leur valeur de marché, les coûts encourus par les créanciers lors de la réalisation de la valeur de l'actif et les délais de distribution aux créanciers des montants réalisés. Si les administrateurs ou liquidateurs n'ont pas les moyens de traiter les cas d'insolvabilité, ils risquent de ne pas réaliser la valeur maximum ou de gaspiller la valeur résiduelle dans une quête désespérée de l'acheteur idéal. Si les institutions qui statuent sont inefficaces et surchargées, elles risquent d'être incapables d'apporter une réponse rapide aux requêtes introduites ou aux autres questions affectant la cession des actifs. Chaque étape du processus doit être étudiée dans un souci d'efficacité maximum qui ne nuise pas à sa souplesse. Pour cela, il faut généralement fixer des dates butoirs précises mais raisonnables pour la plupart des questions qui se posent lors d'une procédure. Il faut aussi sans doute fixer des délais qui garantissent aux créanciers, garantis et autres, des résultats prévisibles à une date donnée.
73. **Prévisibilité, transparence et responsabilité.** Les régimes d'insolvabilité efficaces comportent des règles qui sont raisonnablement prévisibles, transparentes et tiennent toutes les parties dûment comptables de leurs actions pendant toute la durée du processus. Rien ne remplace une législation claire. Une législation prévisible favorise la stabilité des relations commerciales, stimule les prêts et investissements assortis de primes de risque plus faibles, et encourage un règlement à l'amiable des différends entre un débiteur et ses créanciers en fournissant un cadre à l'aune duquel les parties peuvent évaluer leurs droits respectifs. De même, des règles et procédures transparentes favorisent l'équité et l'intégrité du régime et instaurent un cadre où l'information et la communication permettent d'atteindre à un degré plus élevé de coopération. La publicité de l'information est indispensable à une évaluation exacte des perspectives du fonds et à l'évaluation des droits et du rang de priorité des créanciers, mais l'entreprise doit être assurée que les renseignements à caractère confidentiel seront protégés correctement. Enfin, un régime qui tient tous les participants au processus comptables de leur action renforce la prévisibilité et favorise l'équité.
74. **Importance de politiques équilibrées.** De nombreux objectifs de l'action des pouvoirs publics afférents à toutes une gamme de buts, droits et intérêts influent sur la conception de la législation de l'insolvabilité. Ainsi, le droit de la faillite doit-il promouvoir la discipline et chercher à éliminer les agents économiques inefficaces et incompétents ? Ou doit-il être tolérant, et la tolérance est-elle de nature à stimuler l'activité entrepreneuriale ? La loi doit-elle être favorable aux débiteurs, ou aux créanciers, et qu'est-ce que cela veut dire concrètement ? La loi doit-elle avoir une finalité sociale ou collective plus large, ou doit-elle viser à apporter une solution juste et raisonnable à une situation où des intérêts individuels sont en concurrence ? Ainsi, doit-elle s'efforcer de protéger l'emploi ? Doit-elle encourager l'investissement ? Doit-elle privilégier le redressement pour épargner à l'économie un effondrement systémique dont la direction de l'entreprise n'est pas responsable ?
75. Le droit de l'insolvabilité instaure un équilibre entre les droits et intérêts des créanciers et de la société en réaffectant les risques liés à l'insolvabilité de la manière qui convient aux objectifs économiques, sociaux et politiques du pays. Il n'y a pas de solution universelle, car les besoins diffèrent beaucoup selon les pays, de même que les lois sur les sûretés, leur transcription, les droits de propriété et les droits contractuels, les procédures de recours et d'exécution. La

plupart des régimes d'insolvabilité traitent des questions susmentionnées. Certaines législations privilégient une meilleure reconnaissance et une application plus énergique des droits des créanciers et des contrats commerciaux, tandis que d'autres penchent en faveur du redressement du débiteur, avec les conséquences qui en découlent pour les employés et les autres parties prenantes. Mais les juridictions favorables au renflouement ne doivent pas servir de refuge à des entreprises moribondes. Les entreprises qui ne peuvent plus être renflouées doivent être liquidées aussi rapidement et efficacement que possible.

76. Tout régime d'insolvabilité doit d'abord établir un ensemble de principes qui détermine comment la masse des biens du débiteur insolvable doit être administrée au profit de toutes les parties concernées. Une série de choix doit présider à la conception de ce système de répartition, pour que la loi incarne les buts et priorités correspondant aux valeurs de la société. L'établissement de ce cadre et son intégration dans les procédures juridiques d'ensemble sont indispensables au maintien de la stabilité et de l'ordre social. Toutes les parties doivent pouvoir savoir à l'avance quels droits leur confèrera la loi au cas où le débiteur serait dans l'incapacité de payer, en tout ou en partie, ce qu'il leur doit. Les créanciers comme les investisseurs sont ainsi à même de calculer les implications économiques d'un défaut de paiement du débiteur, et donc d'estimer leurs risques.
77. La société ne cessant d'évoluer, la législation de l'insolvabilité ne peut être figée. Il faut la réévaluer périodiquement pour vérifier qu'elle répond bien aux besoins sociaux du moment. L'adaptation à l'évolution sociale constatée demande du discernement. Les gardiens de la révision et de la réforme du droit doivent s'efforcer d'analyser les pratiques internationales optimales et de les transposer dans le système dont ils assurent la supervision, compte tenu de ses réalités concrètes et des ressources humaines et matérielles disponibles.

### **3.2 Caractéristiques générales de la législation de l'insolvabilité (Principes 7-16)**

78. La présente section et la suivante traitent de quelques caractéristiques essentielles de la conception d'une législation de l'insolvabilité. Celles-ci ne sont en rien exclusives ou exhaustives. Les aspects abordés ici offrent toute une gamme de possibilités de choix et de modalités d'exécution. Chaque sous-section énonce d'abord un principe qui le plus souvent correspond à ce qu'on peut considérer comme une pratique optimale. Ces principes sont répartis en deux groupes : caractéristiques et points généralement applicables à toutes les procédures d'insolvabilité et caractéristiques propres aux procédures de redressement. Aucun principe ne peut être envisagé indépendamment de l'ensemble du système, et ils peuvent tous se prêter à diverses modalités d'application. Dans les économies confrontées à une insolvabilité systémique, il se peut qu'il faille prendre des mesures provisoires pour tirer parti des points relativement forts et minimiser l'impact des carences du système. Ces mesures provisoires peuvent constituer une étape en vue d'un meilleur alignement sur les pratiques internationales optimales.
79. **Principe 7 : Responsabilité des administrateurs et des dirigeants.** *La responsabilité des administrateurs et des dirigeants prenant des décisions préjudiciables aux intérêts des créanciers lorsque l'entreprise est insolvable devrait promouvoir un comportement responsable au niveau de l'entreprise, tout en encourageant un degré raisonnable de prise de risque.* En règle générale, les administrateurs et dirigeants ont une obligation envers leurs actionnaires et non pas envers leurs créanciers. La relation entre l'entreprise et ses créanciers, quant à elle, est régie par un accord contractuel. C'est pourquoi, lorsque l'entreprise est solvable, les administrateurs et les dirigeants n'ont pas à s'inquiéter de savoir si les activités opérationnelles auront un impact sur les créanciers. Mais lorsque l'entreprise devient insolvable, les créanciers (par opposition aux actionnaires) deviennent les véritables parties prenantes financières de l'entreprise. L'insolvabilité au sens technique signifiant que les

éléments de passif d'une entreprise excèdent la valeur totale de ses actifs, si l'entreprise poursuit ses activités, le risque de perte est entièrement supporté par les créanciers. La tendance naturelle de la plupart des administrateurs et dirigeants est d'essayer de couvrir les pertes par de nouvelles transactions commerciales, augmentant par là le risque des créanciers. Il est difficile pour les autorités responsables de décider à quel stade ses administrateurs et ses dirigeants doivent être tenus responsables de la détérioration de la valeur de l'entreprise au détriment des créanciers. La question est d'autant plus complexe que la comptabilité n'est pas une science exacte, d'où la difficulté d'établir à quel moment précis une société passe le seuil de l'insolvabilité. Certains critères sont plus évidents que d'autres, tels que la cessation générale des paiements ou l'incapacité de régler les dettes à leur échéance.

80. La solidité du gouvernement d'entreprise et l'application des droits des créanciers constituent les meilleures protections qui soient contre la réalisation de transactions illicites ou une conduite répréhensible de la direction. Un gouvernement d'entreprise solide suscite des mécanismes d'autorégulation du comportement des entreprises et de leurs dirigeants et propriétaires, et instaure un équilibre entre les droits des parties prenantes à l'entreprise. De même, un régime solide de droits des débiteurs et créanciers et d'exécution de ces droits offre un moyen externe de surveillance des relations commerciales et de crédit, en même temps qu'il contribue à assurer le respect des droits des créanciers et de leurs débiteurs, et incite les entreprises à adopter un comportement correct. Dans beaucoup de pays en développement, ces dispositifs complémentaires sont déficients, ce qui amène à se demander si les mesures prises en cas d'insolvabilité ne devraient pas être plus contraignantes et pesantes. Par exemple, les dirigeants ne devraient-ils pas être tenus de respecter des normes de conduite des affaires plus sévères lorsque l'entreprise devient insolvable ? Ou être purement et simplement remplacés pendant la procédure, les créanciers obtenant davantage voix au chapitre ?
81. *Les normes doivent, à tout le moins, sanctionner les conduites reposant sur la connaissance ou le mépris coupable des conséquences préjudiciables aux créanciers.* La responsabilité imputée aux administrateurs et dirigeants en cas de poursuite des activités de l'entreprise lorsque la société devient insolvable, mieux connue sous l'appellation de « transaction illicite » dans certaines juridictions, varie énormément. Certains pays imposent en ce cas des sanctions pénales, d'autres de lourdes amendes, et d'autres pratiquent une exonération totale. Même dans les pays où la responsabilité des dirigeants est considérée comme engagée en cas de transactions illicites, il est extrêmement difficile de surveiller les comportements inappropriés, et les pays en développement disposent rarement des moyens d'exécution leur permettant d'appliquer les sanctions et pénalités. Cette disparité tient à l'existence de politiques concurrentes qui, d'une part, encouragent l'esprit d'entreprise et de l'autre mettent l'accent sur la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de ses parties prenantes. Une politique favorisant la prise de risque par des entrepreneurs peut être plus efficace s'il n'y a pas d'obligation d'engager une procédure d'insolvabilité, qui pourrait conduire à une mise en liquidation prématurée. À l'inverse, une politique privilégiant un renforcement de la discipline des entreprises peut exiger des règles plus précises en la matière pour servir de base de référence lorsque des administrateurs et dirigeants se livrent à des transactions illicites. Il convient de respecter un équilibre entre la conception de règles et de mécanismes qui encouragent une prise de risque raisonnable, et la promotion d'un comportement responsable de la direction vis-à-vis des actionnaires, par exemple, par l'engagement rapide d'efforts pour résoudre les difficultés financières via des arrangements conventionnels.
82. **Principe 8 : Liquidation et redressement.** *La législation de l'insolvabilité doit prévoir, d'une part, la liquidation efficace des entreprises non viables et de celles dont la liquidation est susceptible d'être plus rentable pour les créanciers et, d'autre part, le redressement des entreprises viables.* Presque toutes les juridictions sont dotées d'une législation de la

liquidation. Presque toutes, semble-t-il, vont plus loin, et offrent une autre procédure visant à sauver la firme au lieu de la dissoudre. Toute une série de modèles de renflouement ont été mis au point, mais on continue de s'employer à rendre le processus de sauvetage plus efficient et à trouver des moyens de l'ajuster au mieux. Cette question nécessite obligatoirement une analyse plus approfondie du processus de liquidation et de celui de renflouement. La question de savoir comment les allier au mieux est fondamentale. Si elle est réglée par avance, il est plus facile de tracer le cadre juridique.

83. Au sens traditionnel le plus strict, la liquidation désigne la cessation immédiate ou rapide d'une activité, la vente du fonds ou de ses unités productives ou la vente séparée de ses actifs. Par opposition, le redressement au sens strict désigne la restructuration d'une société qui est en mesure de redevenir productive et de devenir compétitive. Mais cette distinction traditionnelle est quelque peu artificielle et conduit à une polarisation inutile. Elle ne permet pas de traiter les cas dont il est difficile d'établir qu'ils relèvent indiscutablement de l'une ou l'autre procédure, c'est-à-dire toutes les situations où, que la société puisse ou non éventuellement survivre, il y a beaucoup à gagner à maximiser la valeur de ses actifs. La législation de l'insolvabilité doit offrir autre chose qu'un simple choix entre la liquidation traditionnelle au sens strict et le redressement, plus difficile à réussir. La notion de redressement doit prévoir toute une série de modalités, qui n'ont pas à être précisées en détail. Il devrait suffire que le régime de renflouement permette d'obtenir davantage de résultats qu'une simple liquidation de la société. En fait, parfois, le redressement peut conduire à une liquidation ou à une vente du fonds de commerce à terme.
84. *Lorsque les circonstances le justifient, le régime doit permettre de passer facilement d'une procédure à l'autre.* Certains pays adoptent une démarche intégrée (France et Allemagne, par exemple), qui fixe une période intérimaire aux fins de l'examen des perspectives de l'entreprise avant toute décision quant à sa liquidation ou son redressement. Dans les pays qui n'ont pas adopté cette optique intégrée, il est particulièrement important que le tribunal et les participants soient à même de demander le passage à l'autre procédure lorsque, avec le recul ou compte tenu d'une modification de la situation financière de l'entreprise, il apparaît qu'un redressement est ou non possible. Comme l'analyse ci-après des dispositions relatives au redressement l'indique, il peut s'avérer judicieux de transformer le processus en liquidation même après qu'un plan de restructuration a été approuvé, s'il l'a été de manière frauduleuse ou si l'entreprise ne parvient pas à s'acquitter des obligations que lui fixe le plan. Habituellement, les partisans du passage d'une procédure à l'autre seront ceux qui ont un intérêt financier dans l'issue de la procédure (par ex., les créanciers, la direction, etc.).
85. **Principe 9 : Ouverture de la procédure : possibilités d'application et d'accès.** *La procédure d'insolvabilité doit s'appliquer à toutes les entreprises ou personnes morales, sauf les institutions financières et les compagnies d'assurances. Celles-ci relèveront d'une loi distincte ou de dispositions particulières de la législation sur l'insolvabilité. Les mêmes lois s'appliqueront aux sociétés appartenant à l'État et aux sociétés privées.* La loi définira précisément les entités auxquelles elle est applicable, décision qui peut avoir des conséquences économiques considérables, car les entités exclues ne pourront pas profiter des avantages du dispositif, et ne seront pas non plus soumises à la discipline qu'il implique. À de rares exceptions près, portant sur telle ou telle branche d'activité, ce principe stipule que la procédure d'insolvabilité est applicable à toutes les formes d'entreprises et de sociétés, privées ou publiques. Il arrive que l'intérêt public lié à certaines activités étroitement réglementées ou la relation de l'État avec d'autres entreprises place celles-ci dans une autre catégorie. Ainsi, l'insolvabilité des banques et des compagnies d'assurance doit être régie par une législation spécialisée, ou faire l'objet de dispositions particulières de la législation de l'insolvabilité. Peu de juridictions, sinon aucune, ne permettent qu'une banque (publique ou privée) relève du droit

de l'insolvabilité des sociétés sans aucune intervention d'ordre réglementaire<sup>13</sup>. La question de savoir dans quelle mesure la loi s'applique aux débiteurs étrangers revêt une importance croissante et doit être étudiée<sup>14</sup>.

86. Il est également préconisé ici que les entreprises publiques soumises à la concurrence dans le cadre de l'économie de marché doivent relever des mêmes procédures réglementaires, commerciales et économiques que les sociétés privées, y compris de la législation de l'insolvabilité. Lorsque le traitement des entreprises publiques s'inscrit dans une réforme de la politique économique, une législation propre aux entreprises publiques peut se justifier (on citera par exemple les programmes de privatisation, dans le cadre des économies en transition). Mais en dehors de ce contexte, rien ne justifie que les entreprises d'État échappent au champ d'application du régime normal de l'insolvabilité, ou soient régies par des règles distinctes. L'impact disciplinaire du régime d'insolvabilité est un moyen de réglementation du fonctionnement des entreprises publiques dont les structures de gouvernement d'entreprise sont déficientes. Les entreprises publiques viables doivent être placées sous l'autorité d'une entité de supervision indépendante jugée satisfaisante par les créanciers, de manière à éviter les conflits souvent inhérents à l'insolvabilité des entreprises publiques, où l'État intervient à de multiples titres (par ex., en tant qu'actionnaire, direction et arbitre judiciaire).
87. *Critères d'accès. Les débiteurs doivent pouvoir recourir facilement au régime d'insolvabilité s'ils peuvent apporter la preuve de leur insolvabilité ou de leurs difficultés financières. Le débiteur peut présenter une déclaration en ce sens par le truchement de son conseil d'administration ou de sa direction. Le recours des créanciers doit être subordonné à la présentation de preuves d'insolvabilité par présomption, lorsqu'il peut être clairement démontré que le débiteur n'a pas honoré une dette échue (peut-être d'un montant minimum).* Comme les critères d'admissibilité, les critères d'accès doivent permettre de définir quelles entités entrent dans le cadre de la procédure. Ces critères seront conçus de manière à couvrir autant d'entreprises que possible. La loi doit encourager une société en difficulté financière ou insolvable à se soumettre volontairement à la procédure. Elle peut aussi accorder aux créanciers le pouvoir d'engager la procédure, mais c'est habituellement le débiteur qui lance la procédure. Si la législation adopte une optique intégrée modifiée, il faut s'attacher à offrir au débiteur la possibilité d'en bénéficier par la transformation de la liquidation en opération de renflouement. Cela est particulièrement important lorsque c'est un créancier qui a engagé la procédure de liquidation.
88. L'accès à la procédure doit être commode, peu coûteux et rapide. Le restreindre exagérément peut avoir un effet dissuasif sur les débiteurs, alors que le besoin commercial existe. Du fait de la lenteur de la procédure, des sociétés insolvable qui devraient à l'évidence être liquidées peuvent parfaitement échapper à tout contrôle, et courir le risque d'une dissipation ou d'un gâchis de leurs actifs. Cette lenteur peut aussi faire que des entreprises insolvable mais viables se sclérosent. C'est pourquoi, il faut étudier minutieusement comment la loi définit les critères d'insolvabilité lorsqu'une entreprise se soumet volontairement à la procédure et lorsqu'une procédure involontaire est ouverte à la demande des créanciers.
89. Le droit de la faillite compte au nombre de ses préoccupations fondamentales la part à faire aux droits des créanciers, et le régime de l'insolvabilité doit permettre aux créanciers de demander l'ouverture d'une procédure. Il n'en demeure pas moins qu'il peut arriver que les créanciers y aient recours de manière abusive lorsque leur plainte se résume quasiment à un différend entre deux parties. Le caractère collectif de la procédure d'insolvabilité exige qu'on

---

<sup>13</sup> L'annexe I analyse plus en détail plusieurs problèmes en rapport avec l'insolvabilité et la restructuration des banques.

<sup>14</sup> On se reportera à l'examen des considérations internationales figurant au Principe 24.

définisse des seuils de déclenchement qui fournissent des incitations à négocier des arrangements tout en évitant les abus. La mise en faillite doit être un recours offert aux petits créanciers comme aux gros, mais il est généralement utile d'établir des principes qui permettent de définir de manière indiscutable les cas où la requête est introduite par un seul créancier, et ne relève pas véritablement d'une procédure d'insolvabilité.

90. **Preuve d'insolvabilité.** *L'insolvabilité sera de préférence prouvée par l'incapacité du débiteur à payer ses dettes lorsqu'elles parviennent à échéance (critère de liquidité). On peut utiliser un critère de bilan comme preuve accessoire, mais il ne doit pas remplacer le critère de liquidité. Le dépôt d'une demande d'ouverture de procédure doit automatiquement interdire le transfert, la vente ou la cessions d'actifs ou de parties du fonds par le débiteur sans l'approbation du tribunal, sauf dans la mesure nécessaire pour poursuivre l'exploitation.* Les deux critères usuels d'insolvabilité sont le critère de bilan et celui de liquidité. En vertu du critère de bilan, une entreprise est insolvable si ses éléments de passif dépassent la valeur de marché de ses actifs. La liquidité repose sur des critères de cash-flow et est liée à l'incapacité du débiteur d'assurer le service de ses emprunts à leurs échéances. Se fonder sur le bilan peut ne pas constituer une mesure exacte de l'insolvabilité car les techniques d'évaluation et les normes de comptabilité du pays peuvent conduire à une distorsion des valeurs ne reflétant pas la valeur de marché. Si les pratiques et les règles en vigueur ne sont pas conformes aux principes comptables internationaux et ne sont pas appliquées uniformément par des spécialistes de l'évaluation qualifiés, l'utilisation du seul critère de bilan risque de conduire à l'arbitraire, à l'incertitude ou même à la corruption. La méthode du bilan a toutes chances aussi d'être plus coûteuse et plus difficile à appliquer, car elle exige généralement de faire appel à un évaluateur spécialisé pour examiner les registres, écritures et données financières aux fins d'établir la valeur de marché de l'entreprise<sup>15</sup>.
91. La meilleure norme d'ouverture d'une procédure est le critère de liquidité, ou une variante de celui-ci. Comme on l'a vu, en vertu de cette norme, un débiteur est considéré comme insolvable s'il est en cessation de paiement ou s'il est dans l'incapacité de régler ses dettes à leur échéance. L'échéance des dettes est fixée par le contrat régissant la relation. Lorsqu'on décide du critère d'ouverture d'une procédure, il faut envisager les possibilités qu'ont les débiteurs ou créanciers d'en abuser. Au cas où le débiteur a recours à la faillite pour se protéger d'un unique créancier, les créanciers doivent pouvoir demander le rejet de la demande ou sa conversion en un autre type de procédure (liquidation ou redressement) si cela sert mieux leurs intérêts. Le régime doit aussi être protégé des créanciers désireux de se servir de la faillite pour évincer du marché des entreprises viables, c'est-à-dire d'utiliser le système de faillite comme moyen d'extorsion.
92. Pour les créanciers, la norme d'insolvabilité doit être raffinée de manière à établir un niveau d'attestation ou de preuve. Un critère raisonnablement commode et objectif est le fait que le débiteur ne soit pas en mesure de régler une dette pendant une période spécifiée après qu'il en a reçu la demande écrite. En cas d'insolvabilité volontaire, on pourra envisager une norme moins stricte, celle de « difficultés financières », à savoir une situation financière qui, si on n'y fait pas face, conduira presque à coup sur à l'insolvabilité. Cette norme moins stricte est particulièrement nécessaire en cas d'ouverture volontaire de la procédure, surtout si la société aspire sincèrement à

---

<sup>15</sup> La (juste) valeur de marché est généralement considérée comme étant la valeur qui peut raisonnablement être obtenue en cas de vente conclue entre un acheteur et un vendeur lorsque aucune des parties n'est tenue d'acheter ou de vendre. Faute de vente réelle, la valeur est toujours quelque peu conjecturale, puisque les valeurs sont fondées sur des hypothèses quant aux conditions de la vente des actifs en cause, et que les parties doivent recourir à d'autres techniques pour établir de manière approximative la valeur de marché. La détermination de ces valeurs peut être compliquée là où les pratiques comptables ne correspondent pas aux normes internationales.

un renflouement. La présomption d'insolvabilité est utile lorsque l'entreprise a manqué à ses obligations, et met à la charge de l'entreprise la difficile tâche de prouver sa solvabilité dans le cadre d'une procédure contradictoire. Dans les pays où l'application de la loi est moins prévisible, la présomption risque d'être insuffisante et de devoir être remplacée par des critères objectifs qui ne permettent pas au débiteur d'abuser de la procédure d'objection.

93. Il convient de noter un dernier point. Le droit de l'insolvabilité a pour objet de traiter les défaillances des entreprises dans un contexte économique normal. Les règles du jeu peuvent être différentes en cas de crise financière systémique, lorsque la valeur des actifs et des entreprises baisse artificiellement ou devient plus difficile à prédire. Les critères d'ouverture d'une procédure ne doivent pas être modifiés pour obtenir les résultats désirés compte tenu des aberrations du marché. Il faut plutôt, là où une crise appelle un traitement spécial, adopter des solutions intérimaires adaptées au marché en cause, pour maintenir la prévisibilité commerciale et encourager l'activité économique.

**94. Principe 10 : Ouverture de la procédure : moratoires et suspension de la procédure.**

*L'ouverture d'une procédure de faillite doit interdire la cession non autorisée des actifs du débiteur et conduire à la suspension des actions intentées par les créanciers pour exercer leurs droits ou leurs recours contre le débiteur ou ses actifs. La demande de mesures conservatoires (suspension) sera aussi large et exhaustive que possible et s'appliquera à un intérêt dans un bien utilisé, occupé ou en la possession du débiteur.* Pour des raisons de principe et d'orientations générales aussi bien que dans un souci de pragmatisme, certaines restrictions doivent être imposées au débiteur comme aux créanciers si l'on veut une administration de la justice équitable et ordonnée et si l'on veut que les objectifs et les principes fondamentaux de la législation de l'insolvabilité soient respectés. C'est pourquoi l'ouverture de la procédure doit avoir deux principaux effets. Premièrement, elle doit imposer un moratoire interdisant la cession des actifs du débiteur (y compris le remboursement des dettes contractées avant le dépôt de la demande), sauf autorisation du tribunal. Deuxièmement, elle doit interdire aux créanciers d'intenter des actions en recouvrement sur les actifs de l'entreprise sous quelque forme que ce soit (adjudication, exécution, etc.). Ces deux effets empêchent la cession ou l'enlèvement des actifs d'une manière qui compromettrait la possibilité de maximiser leur valeur, et l'un comme l'autre encouragent une répartition équitable entre les créanciers<sup>16</sup>, ainsi que le redressement des activités viables.

95. Il y a quasi unanimité sur la nécessité d'empêcher une utilisation inappropriée de ses actifs par le débiteur, pour éviter que celui-ci ou sa direction cherchent à effectuer des transferts d'actifs illicites ou frauduleux au détriment des créanciers. Tous les régimes imposent généralement un moratoire sur le remboursement des dettes, à l'exception possible de droits de compensation, de compensation monétaire de groupe de contrats financiers ou d'autres intérêts importants<sup>17</sup>. De même, la plupart des régimes s'accordent à empêcher les créanciers de rang similaire de prévaloir de manière inéquitable sur d'autres créanciers lors de l'exécution des créances. L'imposition aux créanciers d'un sursis à l'exécution, cependant, est l'un des choix les plus difficiles à opérer lors de la conception d'une législation de l'insolvabilité. Les législateurs doivent respecter un équilibre entre les politiques qui encouragent la certitude et la prévisibilité des relations commerciales (surtout les droits de réalisation des gages) et celles qui soutiennent

---

<sup>16</sup> Comme on l'a vu précédemment, le principe pari passu stipule que les créanciers de rang similaire doivent être traités sur un pied d'égalité, à savoir bénéficier d'un recouvrement proportionnel de leurs créances sur le produit de la vente. L'imposition d'un moratoire sur le paiement de tout autre créancier et l'interdiction faite aux créanciers de s'emparer d'actifs pour satisfaire à leurs créances donne effet à ce principe.

<sup>17</sup> Pour une analyse plus détaillée des questions de compensation et d'annulation des contrats, on se reportera au Principe 14.

un processus de maximisation de la valeur des actifs, assurent une distribution équitable et encouragent le sauvetage des entreprises viables. Dans ce contexte, il faut étudier minutieusement le traitement à accorder aux créanciers garantis<sup>18</sup>. Des droits ou intérêts primordiaux de l'État peuvent être exemptés du respect du sursis, mais cela doit être clairement spécifié et le nombre de ces cas doit être aussi limité que possible.

96. *Pour maximiser la valeur des actifs recouvrés, une suspension des actions intentées par les détenteurs de créances garanties pour exercer leurs droits doit être imposée pour une durée limitée lors d'une procédure de liquidation, afin de permettre de recouvrer une plus grande partie des actifs par la vente de l'entreprise entière ou de ses unités de production, et lors d'une procédure de redressement, lorsque les actifs donnés en garantie sont nécessaires au redressement.* Lors d'une procédure de liquidation, les actifs essentiels peuvent être donnés en gage ou nantis. Permettre aux créanciers garantis de saisir ces actifs d'emblée interdirait toute perspective de vente de l'intégralité du fonds ou de ses unités productives, et les actifs restants perdraient de leur valeur. Le risque le plus élevé de perte serait supporté par la masse des créanciers. Au début d'une procédure, il est parfois difficile de savoir si l'entreprise peut être vendue en tant qu'entité dont l'exploitation peut être poursuivie, ou est suffisamment viable pour qu'il vaille la peine de transformer la procédure en redressement. Pour toutes ces raisons, le sursis doit s'appliquer aux créanciers garantis, au moins pour une courte période (à spécifier), permettant d'évaluer de manière raisonnable les perspectives de l'entreprise et offrant de justes possibilités de vente (en tout ou partie) à un prix plus élevé. Le sursis affaiblissant les droits supérieurs des créanciers garantis, sa durée doit être limitée de manière à encourager l'octroi de crédit sur la base d'actifs, et pour conférer au processus une certaine prévisibilité.
97. Il est encore plus important d'imposer aux créanciers garantis un sursis à l'exécution dans le contexte d'une procédure de redressement : dans la plupart des cas, tout redressement serait impossible si ceux-ci n'étaient pas liés par la procédure. Comme on l'a vu ailleurs, si les créanciers garantis sont empêchés d'exercer leurs droits de réalisation des gages, ils doivent bénéficier de dispositions de protection compensatoires limitant expressément la durée du sursis, exigeant que le droit détenu par un créancier sur le nantissement soit protégé durant la période de sursis et permettant aux créanciers affectés de chercher à faire annuler l'injonction lorsque les droits détenus sur le gage sont insuffisamment protégés ou que celui-ci n'est pas nécessaire à la vente de la totalité du fonds ou de l'une de ses unités productives. À l'évidence, lorsqu'un nantissement donné n'est pas indispensable au redressement ou à la vente de la totalité ou d'une partie de l'entreprise, il n'y a pas lieu d'empêcher l'action des créanciers nantis.
98. Autre aspect de cette question, le calendrier : la date à laquelle le moratoire imposé aux créanciers doit prendre effet. Dans beaucoup de juridictions, lorsqu'une action est intentée, il arrive qu'il y ait un hiatus entre le recours et la déclaration de faillite. Ce hiatus est inévitable car l'ouverture d'une procédure forcée peut soulever un certain nombre de litiges sur la situation du débiteur, l'état des paiements, l'admissibilité des créances, le statut des créanciers, etc. Ces faits et les questions juridiques connexes doivent être élucidés, même s'ils peuvent parfois faire l'objet de référés. Il n'en reste pas moins que, lors d'une demande justifiée, il existe le risque que l'entreprise du débiteur soit transformée ou se dégrade encore pendant ce hiatus. Des mesures de protection sont donc souvent nécessaires même durant cette période où aucune déclaration de faillite n'a été faite. La présomption de faillite serait sans doute suffisante pour imposer une suspension des poursuites à ce stade et pour limiter le type d'activités que

---

<sup>18</sup> Pour une analyse plus détaillée des questions de traitement des créanciers garantis, on se reportera au Principe 16.

peut entreprendre le débiteur. En l'absence de telles mesures, rien n'interdit aux créanciers d'exercer leurs droits par l'engagement de procédures d'exécution, qui pourront conduire les créanciers non prioritaires à faire prévaloir leurs créances sur celles des créanciers privilégiés, y compris des créanciers garantis. Une suspension automatique peut être appliquée rétroactivement, mais les dommages causés risquent d'être irréparables lorsque la saisie d'actifs clés empêche la vente du fonds ou de ses unités productives.

**99. Principe 11 : Gouvernance : direction.** *Au cours d'une procédure en liquidation, la direction doit être remplacée par un administrateur qualifié, nommé par le tribunal, doté de larges pouvoirs pour administrer les biens dans l'intérêt des créanciers. L'autorité sur les biens doit être dévolue immédiatement à l'administrateur, sauf si la direction est autorisée à continuer de diriger la compagnie. En ce cas, la loi imposera à la direction les mêmes obligations qu'à l'administrateur. Si la procédure a été engagée par les créanciers, et si les circonstances le justifient, on nommera un administrateur temporaire, aux responsabilités réduites, chargé de surveiller l'entreprise et de s'assurer que les intérêts des créanciers sont protégés. C'est lors d'une procédure de liquidation, qui est une procédure terminale, qu'il y a le plus clairement lieu de remplacer la direction de l'entreprise. Pareille procédure a en effet pour objectif ultime de maximiser la valeur de la masse des biens et de régler les créanciers dans toute la mesure du possible en transférant les actifs à des participants au marché plus efficaces. Lorsque les actifs de l'entreprise sont appelés à changer de détenteur et d'exploitant, la seule raison qu'il y ait de maintenir en place la direction est de faciliter la vente des actifs et du fonds. La règle qui prévaut dans toutes les juridictions connues est de remplacer la direction par un responsable indépendant lors de l'engagement de la procédure ou de la déclaration de procédure de liquidation. Cela ne signifie pas qu'il faille remplacer toute la direction lorsque l'exploitation de l'entreprise se poursuit. Une direction honnête qui était déjà en place peut accroître la valeur en continuant à exercer ses fonctions ou en jouant un rôle de conseil en attendant la liquidation ou la vente du fonds ou des actifs.*

100. *Lors d'une procédure de redressement, deux méthodes ont la préférence : la direction exclusive de la procédure par un administrateur indépendant ou la supervision de la direction par un administrateur ou un contrôleur impartial et indépendant. Dans le cadre de la deuxième option, tout le pouvoir est dévolu à l'administrateur si la direction s'avère incompétente ou négligente, ou si elle s'est livrée à des activités frauduleuses ou à d'autres abus. De même, les administrateurs ou superviseurs indépendants sont tenus de respecter les mêmes normes de responsabilité envers les créanciers et le tribunal, et pourront être congédiés pour incompétence, négligence, fraude ou autres abus. La décision à prendre est plus complexe lors d'une procédure de redressement, où l'objectif ultime est de sauver l'entreprise. En pareil cas, la législation de l'insolvabilité confère la responsabilité de la gestion de l'entreprise aux dirigeants en place qui conservent ainsi le contrôle, ou à un administrateur indépendant qui exerce tous les droits et les responsabilités de la direction ; la législation peut aussi combiner les deux méthodes en conservant la direction existante mais en nommant une personne indépendante pour la superviser et, le cas échéant, la remplacer. À moins que la situation ne le justifie, renvoyer d'emblée la direction peut être dommageable et avoir des répercussions négatives sur l'exploitation de l'entreprise à un stade critique pour sa survie.*

101. *Lors d'un effort véritable de redressement, remplacer la direction ou réduire fortement ses pouvoirs peut fort bien la dissuader de chercher à opérer un redressement en tant que de besoin, ce qui irait à l'encontre du principe préconisant que les administrateurs et dirigeants doivent être tenus responsables en cas de transactions illicites (cf. Principe 7). D'autre part, il se peut que les créanciers n'aient guère ou nullement confiance dans la direction, et permettre à celle-ci de conserver ses attributions sans système de poids et contrepoids approprié face à ses pouvoirs*

risque de rendre les créanciers moins coopératifs, alors que le soutien des créanciers est indispensable à l'élaboration d'un plan de redressement qui puisse réussir. Certains régimes adoptent cette optique, mais c'est lorsque la direction a des obligations formelles envers les créanciers qui exercent une supervision active sur le processus (c'est le cas aux États-Unis) qu'elle fonctionne le mieux. Les déficiences des règles de gouvernance et des capacités institutionnelles donnent à penser que, dans les pays en développement, il vaut mieux, d'un point de vue pratique, nommer un contrôleur indépendant lorsque la direction est manifestement incompétente ou a eu un comportement inapproprié. Comme l'indique le principe, toutefois, les administrateurs et contrôleurs indépendants sont tenus au respect des mêmes normes que la direction ; ils doivent pouvoir être relevés de leurs fonctions pour malversations ou incompétence.

102. **Principe 12 : Gouvernance : créanciers et comité des créanciers.** *Pour protéger les intérêts des créanciers, il convient de former un comité des créanciers qui permettra aux créanciers de participer activement à la procédure d'établissement de l'insolvabilité. Le comité pourra surveiller le processus, pour s'assurer de sa justice et de son intégrité. Le comité doit être consulté sur les questions sortant de l'ordinaire et doit pouvoir s'exprimer sur les principales décisions (telles que les questions touchant la cession des actifs en dehors du cours normal des affaires). Le comité servira de relais pour le traitement et la transmission aux autres créanciers d'informations pertinentes et aux fins de l'organisation des créanciers lorsqu'il est nécessaire de trancher des questions essentielles. La loi doit contenir des dispositions concernant notamment la tenue d'une assemblée générale des créanciers pour les grandes décisions, la création du comité des créanciers et la fixation de sa composition, le quorum et les règles de vote, les pouvoirs et la conduite des réunions. Lors des procédures de redressement, les créanciers doivent être en droit de désigner l'administrateur ou le contrôleur indépendant de leur choix, à condition que la personne désignée possède les qualifications nécessaires pour exercer ces fonctions dans ce cas précis. En règle générale, les intérêts des créanciers doivent être protégés par la nomination d'un administrateur ou liquidateur qui fait fonction d'agent du tribunal. Le comité des créanciers assure une « double protection » aux créanciers, leur donnant la possibilité de participer à la procédure et de la surveiller.*
103. Les créanciers sont associés à des degrés divers à la prise de décision dans le cadre de la procédure. Dans certains régimes, tels que le modèle anglais, l'administrateur ou le praticien de l'insolvabilité prend toutes les décisions essentielles sur les questions générales d'administration et de liquidation incontestées, les créanciers jouant un rôle marginal et n'exerçant guère d'influence. Les partisans de cette approche font valoir qu'il vaut mieux confier le processus à des administrateurs ou spécialistes expérimentés de l'insolvabilité, ce qui évite de devoir sans cesse informer les créanciers et obtenir leur approbation. La méthode anglaise bénéficie aussi de la large place faite à la réglementation du régime et des participants.
104. Une autre méthode consiste à accorder aux créanciers un plus grand rôle dans la procédure, parfois en leur permettant de choisir et de remplacer l'administrateur de la même manière que les actionnaires élisent les membres du conseil d'administration. Dans ces régimes, un comité des créanciers exerce une fonction cruciale dans la procédure, en tant que principal organe de contrôle des activités de l'entreprise, de l'administrateur ou du liquidateur. Le comité est l'organe de tous les créanciers garantis et il doit être représentatif. Vu que les véritables parties intéressées à la masse des biens sont les créanciers, ils doivent avoir la possibilité de se faire entendre sur les questions qui affectent le règlement de l'affaire ou les problèmes qui affectent leur droits. Il peut s'avérer difficile de déterminer si les créanciers ont un véritable intérêt, financier ou autre, dans le résultat. Il n'y a nullement lieu de permettre aux créanciers de participer à la solution de questions qui n'ont aucun effet significatif sur le recouvrement de leurs créances. D'autre part, leurs intérêts

peuvent être indirectement affectés, par exemple lorsque la saisie d'actifs essentiels de la masse des biens par le créancier diminue substantiellement la valeur de tous les autres actifs exempts de charges et sur lesquels les créanciers non garantis comptent être réglés.

105. En règle générale, les comités de créanciers non garantis ne doivent comprendre que des créanciers de cette catégorie. Il arrive que la création d'un comité de créanciers garantis puisse se justifier. Certains régimes prévoient que créanciers garantis et non garantis soient membres du comité ou soient associés au processus décisionnel. Souvent, les créanciers garantis n'ont pas grand chose en commun avec les créanciers non garantis, et il peut être inopportun, et ne pas servir au mieux les autres créanciers, de leur donner la possibilité de participer et d'influer sur les décisions du comité. Par essence, les intérêts des créanciers garantis vont à l'encontre de ceux des créanciers non garantis. Les premiers préfèrent presque toujours que leur nantissement soit vendu rapidement, tandis que les distributions aux créanciers non garantis sont fonction du montant réalisé grâce à la vente des actifs ou du fonds. D'une manière générale, il faut s'efforcer d'éviter d'éventuels conflits d'intérêt au sein du comité.
106. Une autre méthode, qui emprunte aux deux précédentes, consiste à nommer provisoirement un représentant des créanciers (« interventor », ou administrateur de biens dans le cadre de certains régimes de droit civil) en attendant la nomination finale par la réunion des créanciers. En vertu d'une loi mexicaine antérieure, par exemple, « l'interventor » assurait la représentation des créanciers, remplissant ainsi un rôle analogue à celui du comité des créanciers aux États-Unis ou des inspecteurs dans la pratique canadienne. Les « interventors » pouvaient intenter une action contre le débiteur, demander la tenue d'audiences judiciaires et convoquer des réunions extraordinaires des créanciers. Ils étaient remboursés sur la masse. Parce qu'il y a généralement un hiatus dans beaucoup de régimes entre la date de dépôt du bilan et la nomination d'un administrateur final ou représentant de la masse des biens, il est crucial que les droits et les intérêts des créanciers soient protégés pendant cette période intérimaire où des décisions vitales risquent d'être prises.
107. En général, un comité peut remplir une fonction utile en tant que lieu d'expression et organe de suivi des activités de l'administrateur, en traitant et en distribuant l'information à ses mandants et en organisant les créanciers aux fins de la prise de décision sur les questions cruciales. En règle générale, avant d'accepter de divulguer des renseignements confidentiels, l'entreprise exige du comité des créanciers qu'il signe un accord de confidentialité et s'engage à ne pas diffuser ces informations aux concurrents ou à d'autres sans approbation préalable. Le souci d'efficacité doit être modéré par l'exercice de la responsabilité et par la transparence, en cas de faiblesse de la réglementation et des institutions, il faut généralement insister davantage sur la transparence et la participation des créanciers. Pour que les droits des créanciers soient protégés, le comité des créanciers doit avoir accès à des avis impartiaux qui lui permettent d'exercer son rôle de suivi de la procédure et de représentant du point de vue des créanciers (au moins de ceux qui ne sont pas garantis). C'est pourquoi la loi doit permettre aux créanciers de s'assurer les services d'un professionnel indépendant qui sera rémunéré sur la masse des biens ou sur le produit distribué aux créanciers représentés par le comité.
108. *Transparence et droits d'approbation.* Il importe de distinguer entre les questions de transparence et de gestion. La transparence a pour objet de protéger les créanciers en les informant sur les points qui affectent leurs intérêts et en leur donnant la possibilité de se faire entendre. L'information ne leur donne pas le droit d'approuver ou de prendre des décisions en matière de gestion, comme on l'a vu plus haut. Les créanciers et un comité des créanciers peuvent constituer un contre-poids utile aux actions d'un administrateur ou liquidateur. Pour pouvoir véritablement suivre la procédure, les créanciers doivent avoir la possibilité d'obtenir des

informations pertinentes, exactes et actuelles sur l'entreprise du débiteur, le volume des transactions et les affaires financières. La procédure et les activités de l'administrateur doivent donc être ouvertes et transparentes, et les administrateurs être tenus comptables de leur conduite. Il n'est pas indispensable que l'ensemble des créanciers soit informé, mais il est obligatoire d'informer le comité, les principaux créanciers (y compris les créanciers garantis) et les créanciers fiscaux. Les faits significatifs pourront être publiés dans un journal public approprié de manière à fournir un complément d'information à l'ensemble des créanciers.

109. Enfin, en cas de ventes importantes, le tribunal doit tenir compte des points de vue des créanciers, du comité des créanciers, ou des uns et des autres. Ils doivent être consultés par l'administrateur ou le juge et avoir la possibilité de s'opposer aux principales mesures qui affectent leurs intérêts. Pouvoir opposer un veto est moins important lorsque les créanciers garantis ont déjà obtenu le droit de saisir leur gage. Il convient aussi d'envisager un contrôle approprié des créanciers irrationnels qui feraient preuve d'attentes irréalistes. D'une manière générale, les créanciers agissent rationnellement s'ils ont pleinement accès à l'information pour prendre des décisions et ont un intérêt financier.
110. Il faut des règles et des procédures pour régler diverses questions : convocation des réunions des créanciers, conditions d'admission et de participation à ces réunions (y compris question des droits de vote et constitution d'un quorum), et présidence et conduite des réunions. Le comité lui-même doit fonctionner conformément à des statuts ou à un autre document directeur, adopté par le comité, pour normaliser et définir les paramètres de son fonctionnement et de ses délibérations.
111. **Principe 13 : Administration : recouvrement, préservation, cession des biens.** *La loi doit régir le recouvrement, la préservation et la cession de tous les biens appartenant au débiteur, y compris les biens acquis après l'ouverture de la procédure.* En cas de procédure d'insolvabilité, il est fondamental d'identifier, de recouvrer, de préserver et de pouvoir céder les biens appartenant au débiteur. Le terme « bien » désigne tous les types de biens, immeubles et meubles, corporels et incorporels, y compris les locaux, les équipements fixes, le stock, les inventaires et marchandises, les travaux en cours, les comptes bancaires et les effets à recevoir, les registres et écritures, les actions et instruments financiers, les droits contractuels, la propriété intellectuelle et autres types de droits sur des biens. Certaines juridictions excluent de l'administration certains types de biens ou les biens grevés de certains droits. D'autres exigent que tous les biens relèvent de la procédure en première instance, à moins qu'il ne puisse être prouvé le caractère nocif ou préjudiciel de cette inclusion.
112. Établir si un actif est la propriété de l'entreprise ou celle d'une autre partie, mais se trouve en la possession du débiteur sous réserve d'accords d'usage, de location ou de licence pose parfois des problèmes complexes. L'aptitude à continuer d'utiliser le bien qui fait l'objet d'un droit contractuel doit être inscrite expressément dans la loi. De même, le droit doit stipuler si le bien qui a été donné en garantie au créancier relève de l'administration. La plupart des régimes le prévoient, tandis que d'autres peuvent stipuler que ces créanciers ne sont pas affectés par la faillite et peuvent entreprendre de faire exécuter leurs droits légaux et contractuels<sup>19</sup>. Habituellement, les tierces parties faisant valoir un droit de propriété sur les biens du débiteur doivent établir à la satisfaction du tribunal que leurs droits et intérêts sont d'un rang supérieur à ceux du débiteur et doivent être appliqués nonobstant les principes d'équité ou politiques de réorganisation. Enfin, conformément à l'objectif consistant à maximiser la masse au profit des créanciers, l'administrateur est en droit d'abandonner des actifs de valeur négative ou

---

<sup>19</sup> Cf. l'analyse du traitement des créanciers garantis au Principe 16.

insignifiante, pourvu que cet abandon ne viole pas des politiques publiques à caractère obligatoire.

113. *Des mesures immédiates doivent être prises ou autorisées pour préserver et protéger les actifs et le fonds du débiteur.* S'agissant d'une entreprise en exploitation, le bien du débiteur peut être situé en différents endroits. Les débiteurs en situation de faillite peuvent être enclins à se débarrasser d'actifs ou à faire disparaître des registres et écritures pour dissimuler des transactions inappropriées. Registres et écritures jouent un rôle crucial dans la compréhension de l'activité, l'identification des actifs et l'établissement des droits de propriété, et dans l'identification et la définition des relations contractuelles avec les créanciers. Même s'il s'agit d'actifs fixes, si l'exploitation se poursuit, il se peut qu'un administrateur doive prendre rapidement le contrôle de l'entreprise pour que les créanciers impayés et les employés ne cessent pas de traiter normalement avec la société, pour continuer l'activité ou pour protéger les biens. Recouvrer les biens du débiteur peut aussi exiger une action pétitoire si un bien a été transféré de manière illicite ou transféré au moment de l'insolvabilité. Le recouvrement du bien transféré a pour objet de protéger les créanciers ou de faire respecter le principe pari passu de l'égalité de traitement des créanciers. La plupart des régimes juridiques et des législations de l'insolvabilité fournissent des moyens de mettre de côté et de recouvrer la valeur des transactions antérieures qui conduisent à un traitement préférentiel de certains créanciers, ou qui avaient un caractère frauduleux ou qui ont été effectuées pour tenter de faire échec aux droits des créanciers. La période d'annulation varie selon les juridictions. Le processus de recouvrement des actifs ayant fait l'objet de transferts frauduleux ou de transferts préférentiels avant la faillite est analysé au Principe 15 ci-après.
114. *La loi doit prévoir un système souple et transparent de cession efficace des biens, au maximum de leur valeur.* La vente des actifs peut se faire sous de multiples formes. La loi doit prévoir un système souple et transparent de cession des actifs sous la forme qui permettra de réaliser la valeur la plus élevée. Parfois, la vente portera sur la totalité du fonds en tant qu'entreprise viable, sur des unités d'exploitation ou des unités productives de l'entreprise, ou se fera de manière fragmentaire, par voie de vente aux enchères publiques ou de vente privée. La vente aux enchères publiques, doit être régie par des règles et des procédures transparentes et équitables. Généralement, elle est précédée d'un avis au public ou fait l'objet de publicité. L'offre retenue est généralement la mieux disante et la valeur la plus élevée possible pour l'actif en cause, pour autant qu'elle soit sincère et l'acheteur prêt, désireux et capable de conclure la vente. Il est souhaitable d'organiser une vente aux enchères publiques lorsque les actifs ont une valeur non négligeable. En revanche, les ventes privées sont généralement négociées entre l'administrateur et au moins un acheteur potentiel. Les transactions privées se prêtant davantage à des abus, il faut être très attentif à ce que les créanciers soient correctement informés et que les conditions de la vente soient équitables. En règle générale, toutes les ventes sont subordonnées à l'approbation du tribunal, mais elles doivent aussi faire l'objet d'une notification au comité des créanciers et aux autres parties intéressées, et d'un examen par eux
115. *Le cas échéant, la loi doit permettre des ventes libres de toute sûreté, charge/privilège ou autre servitude, étant entendu que la hiérarchie des intérêts sera respectée dans la distribution du produit de la cession.* Il est fréquent que certains actifs d'une entreprise soient grevés d'une sûreté, d'un gage, d'une hypothèque ou d'une autre garantie accessoire en faveur d'un ou plusieurs créanciers. Si les actifs ou le fonds peuvent être vendus en tant qu'entreprise rentable ou comme unité productive à des prix plus élevés, la loi doit le permettre tout en respectant le rang de priorité des créanciers garantis. Déduction faite des frais de vente, le produit de la vente des actifs gagés doit être distribué dans les meilleurs délais aux créanciers garantis dans les limites de leurs créances. Permettre à l'administrateur de continuer à exploiter l'entreprise avec le produit

net de la vente des nantissements crée une incitation perverse à administrer les actifs de manière inefficace et exerce un effet de distorsion sur les attentes des créanciers, garantis et non garantis.

116. **Principe 14 : Administration : traitement des obligations contractuelles.** *La loi doit permettre de modifier des obligations contractuelles qui n'ont pas été entièrement exécutées dans la mesure nécessaire pour atteindre les objectifs de la procédure d'insolvabilité, qu'il s'agisse d'assurer l'exécution de contrats, de les annuler ou de les céder, sauf s'il existe une raison majeure, d'ordre commercial, public ou social, de faire respecter les droits contractuels de la contrepartie au contrat (comme dans les accords de swap).* Les contreparties à un contrat<sup>20</sup> sont principalement intéressées à tirer profit de leurs marchés en faisant exécuter les contrats conformément à leurs termes. Pareille attitude peut changer en ce qui concerne le débiteur lors de la déclaration de faillite, où les objectifs de la procédure peuvent prévaloir. En cas de liquidation, la volonté de préserver les contrats est moindre, à moins qu'ils ne créent de la valeur ajoutée et facilitent la vente du fonds. Il en va autrement toutefois lors d'une procédure de redressement, qui a pour objectif ultime de permettre à l'entreprise de survivre et de poursuivre ses activités dans la mesure du possible sans interruption. En pareil cas, l'intérêt est habituellement d'échapper à des obligations contraignantes (celles qui ont une valeur économique négative ou qui ne facilitent pas le redressement), tout en tirant parti de ceux des contrats qui sont profitables et génèrent de la valeur. Les premiers seront dénoncés et les seconds adoptés ; les deux options soulèvent des problèmes particuliers et demandent des choix qui doivent être pesés au regard d'autres lignes d'action (comme l'appui à la certitude des relations commerciales et l'encouragement à apporter au sauvetage des entreprises et à la préservation de l'emploi). Le Principe 14 préconise, comme situation de référence reconnue par la plupart des juridictions, dont l'Europe, de permettre l'adoption ou le rejet des contrats et l'ingérence dans les obligations contractuelles, ou leur annulation, dans la mesure nécessaire pour promouvoir d'autres objectifs du régime en question. Ainsi, le redressement peut être subordonné à l'aptitude à faire appliquer les contrats ( y compris les contrats de travail), nonobstant le droit d'annulation en cas d'insolvabilité, ou bien à l'annulation permettant à l'entreprise de ramener ses effectifs à un niveau raisonnable ou d'échapper à des contrats contraignants. Ce principe encourage les responsables de l'action publique à prendre en compte d'autres stratégies susceptibles de fournir des arguments convaincants en faveur de la modification des attentes commerciales et des contrats des parties.

117. La plupart des législations de l'insolvabilité permettent à l'administrateur de choisir de conserver ou de dénoncer les contrats sur la base d'une analyse coûts-avantages de l'intérêt optimum des créanciers. Pour l'entreprise, tous les contrats représentent une série d'avantages et de charges. Lorsque les coûts sont supérieurs aux avantages escomptés, dénoncer un contrat permet à l'administrateur d'exercer sa responsabilité, qui consiste à maximiser le recouvrement en minimisant les pertes, et d'établir les créances qui peuvent être mesurées et traitées de manière équitable dans le cadre de la faillite à compter du moment de l'ouverture de la procédure. Lorsque le contrat est dénoncé ou rejeté, la contrepartie est en droit d'exiger un dédommagement pour rupture de contrat, lequel est classé comme une créance non garantie née ou existant avant l'ouverture de la procédure. Même lors d'une procédure de redressement, où l'issue recherchée est la poursuite de l'activité de l'entreprise, les perspectives de redressement sont souvent améliorées si l'administrateur est autorisé à refuser des contrats contraignants dont l'exécution coûterait plus cher que les avantages à en attendre ou, s'agissant d'un bail non expiré, dont le taux spécifié est supérieur au taux du marché. Comme lors d'une procédure de liquidation, les contreparties aux contrats rejetés sont en droit d'intenter une action en

---

<sup>20</sup> Pour plus de facilité, l'analyse des contrats porte notamment sur les traitements des baux non expirés. Lorsqu'elle porte spécifiquement sur un bail, ce terme est utilisé.

dommage-intérêts pour créance non garantie, mais elles peuvent aussi exercer un recours administratif pour inexécution d'obligations durant la procédure.

118. Là où les avantages d'un contrat l'emportent sur les coûts du moment, conserver les contrats permet à l'administrateur de réaliser davantage de valeur lors de la liquidation de la masse des biens ou d'améliorer les perspectives de redressement. Les contrats retenus sont traités comme des obligations en cours dont l'entreprise doit s'acquitter. Certaines législations subordonnent l'adoption ou l'acceptation d'un contrat au fait que l'administrateur remédie à tout manquement éventuel au contrat et fournisse des assurances de son exécution pour l'avenir. S'il y a ensuite violation du contrat adopté, la contrepartie peut exercer un recours administratif (par opposition à revendiquer une créance non garantie) pour dommages-intérêts ou au titre des montants non réglés.
119. Beaucoup de contrats comportent des clauses habilitant une partie à l'annuler si l'autre partie devient insolvable. Celles-ci sont souvent qualifiées de clauses ipso facto car l'annulation en cas de faillite est expressément stipulée dans le contrat. Certaines législations de l'insolvabilité passent outre à ces clauses pour empêcher l'annulation du contrat, si bien que la partie qui annule risque de devoir verser des dommages à la partie insolvable. Cette présence de la législation présente des avantages et des inconvénients. En faveur de la pratique d'interdire l'annulation, jouent la nécessité de préserver l'intégrité de l'entreprise pour maximiser sa valeur de vente ou accroître son potentiel de recettes, la nécessité de réduire le pouvoir de négociation d'un fournisseur essentiel et le fait qu'il est souhaitable de contraindre toutes les parties à participer à la décision finale sur la destination de l'entreprise. Ces arguments sont plus convaincants dans le cadre d'une procédure de redressement. Les arguments militant contre un sursis à l'exécution des droits d'annulation des contrats par les contreparties sont notamment les suivants :
- La partie insolvable peut choisir de demander de manière sélective l'exécution des contrats qui lui sont profitables, mais annuler les autres. Il est déraisonnable d'accorder à la partie défaillante un avantage qui est refusé à la contrepartie innocente.
  - Le sursis empêche la compensation monétaire de groupe<sup>21</sup>, et il est difficile d'isoler les contrats qui remplissent les conditions requises pour une compensation de ceux qui ne les remplissent pas.
  - La masse des biens du débiteur insolvable ne permet pas l'exécution des obligations, donc il n'y a pas lieu d'attendre.
  - Il est inapproprié d'ordonner un transfert des contrats à un cessionnaire différent inconnu.
  - Un abus occasionnel ne doit pas influencer sur une politique de bien plus grande ampleur.
120. Globalement, au plan international, on a adopté une optique assez prudente vis-à-vis du gel de l'annulation des contrats, sauf pour ce qui est du cas particulier des baux immobiliers. Quelques pays (le Canada, les États-Unis et la France) appliquent ce gel, mais ce n'est pas une caractéristique générale des règles statutaires de renflouement. Dans certains pays, la règle du gel donne lieu à toute une série d'exceptions. Le problème est exacerbé par le fait que la vie moderne est marquée par l'omniprésence du contrat, pas uniquement le simple contrat de vente, mais aussi les baux, chartes et affrètements, le financement relatif aux titres, les contrats de vente de valeurs mobilières ou de devises, de transport, de construction, les obligations de prêt ou de souscription d'actions et les licences de propriété intellectuelle. La partie insolvable peut être l'une ou l'autre des parties au contrat (acheteur ou vendeur, bailleur ou preneur du bail, maître d'œuvre ou employeur, bailleur de licence ou concessionnaire d'une licence). Les

---

<sup>21</sup> La compensation monétaire de groupe est analysée ci-après sous la rubrique « Compensation et compensation monétaire de groupe ».

responsables de l'action publique sont soumis à une tension intrinsèque lorsqu'ils encouragent la survie du débiteur, ce qui exige la préservation des contrats, et qu'ils introduisent une dose d'imprévisibilité et des coûts supplémentaires dans les transactions commerciales en créant diverses exceptions à la règle générale.

121. *Compensation et compensation monétaire de groupe.* La compensation dans le cadre de l'insolvabilité prend de nombreuses formes. Dans beaucoup de pays de *Common law*, la compensation, qui est permise entre parties solvables, devient obligatoire lorsqu'il y a insolvabilité. Cette stratégie privilégie le règlement des créanciers qui veulent être payés sans abattement pour maintenir leur liquidité et en application du principe « le paiement d'abord, le recours juridique par la suite ». Lorsqu'une contrepartie devient insolvable, la même politique privilégie le paiement des créanciers, qui sont réglés par la partie défaillante même s'ils ne sont pas garantis. En revanche, dans d'autres juridictions, la compensation est « permise » entre parties solvables mais « interdite » en cas d'insolvabilité (augmentant la masse des biens du débiteur et le favorisant). La compensation évite un circuit compliqué de paiements et conduit à une économie judiciaire en évitant les procédures multiples. Mais elle a pour principal effet de constituer, pour le créancier doté d'un droit de compensation, une garantie de fait puisque la créance réciproque du débiteur peut être réglée ou acquittée par déduction de sa propre créance. La compensation n'est pas importante jusqu'à l'insolvabilité car si une contrepartie pouvait toujours payer, elle n'aurait pas lieu d'être. Aussi, de même que pour la garantie, l'efficacité ou la non efficacité de ce recours se mesure lors de l'insolvabilité.
122. Plusieurs arguments peuvent être avancés contre l'autorisation de compensation. La compensation en cas d'insolvabilité constitue une violation du principe *pari passu*, puisqu'un créancier avec compensation est réglé intégralement. La compensation équivaut en fait à une sûreté ne faisant pas l'objet de publicité et amène la disparition d'actifs lors de la faillite. (À la différence de l'obligation d'enregistrement des nantissements, il n'est à l'évidence pas possible d'exiger des parties qui ont des obligations réciproques de rendre ce fait public.) La compensation entame les actifs du débiteur insolvable et empêche un renflouement. Le renflouement ne peut pas réussir si le débiteur est privé d'accès à ses comptes bancaires ou aux sommes qui y sont déposées. À l'inverse, on peut faire valoir beaucoup d'arguments tout aussi convaincants en faveur de la compensation. Il est injuste que la partie défaillante insiste pour être réglée alors qu'elle-même ne paie pas. La compensation aide les créanciers à échapper à la débâcle et pallie ainsi l'effet de cascade de la faillite. La compensation joue un rôle essentiel sur les marchés de gros et est cruciale pour les systèmes de paiement où elle atténue le risque systémique. La compensation réduit les engagements et par là le coût du crédit. La compensation évite un circuit d'actions et réduit donc les coûts de transaction. La compensation empêche la mise en faillite du débiteur à cause d'une dette qu'en fait il ne doit pas si on prend en compte sa position globale ; s'il a ce recours, il ne doit pas être dans une meilleure position que le créancier.
123. La compensation monétaire de groupe est différente de la simple compensation en ce sens qu'il peut s'agir, sous une forme, de la compensation de choses fongibles non monétaires (comme des titres ou des marchandises livrables le même jour, valant règlement) et, sous une forme plus importante, de la résiliation par un cocontractant de contrats ouverts avec la partie insolvable, suivie d'une compensation des pertes et gains respectifs (compensation avec déchéance du terme). La compensation avec déchéance du terme n'est donc pas une simple compensation : d'où l'importance de savoir si les entrepreneurs peuvent annuler en vertu d'une clause *ipso facto*.

124. La position internationale sur la compensation et la compensation monétaire de groupe échappe quasiment à la compréhension de spécialistes, a fortiori à celle des simples participants au marché qui doivent utiliser la loi. Les juridictions qui autrefois n'acceptaient pas la compensation en cas d'insolvabilité (c'est une minorité), sauf pour certaines transactions et la compensation de compte courant, maintiennent pour la plupart cette position. Mais quelques unes ont élargi le champ de la compensation des transactions, et certaines (Belgique, France, Luxembourg) ont introduit des lois de compensation de groupe, qui ne s'appliquent toutefois qu'aux contrats relevant de ladite loi. Parmi les États qui autorisent depuis longtemps la compensation en cas d'insolvabilité, qui sont principalement ceux de la Common law et le groupe germanique, ainsi que les juridictions néerlandaise et scandinaves et l'Italie, une petite minorité (comme le Canada) imposent un sursis à l'exécution lors des procédures de renflouement, avec toutefois généralement un traitement à part pour les contrats financiers. Certaines législations de l'insolvabilité récentes (comme celle de la Russie) ne traitent apparemment pas de la question. S'il y a sursis à l'exécution en vue d'un renflouement, on est alors en droit de supposer qu'il est impossible aux marchés d'assumer le risque car compensation et compensation monétaire de groupe exigent un degré élevé de prévisibilité, et la situation pourrait aussi bien déboucher sur une procédure de renflouement que de liquidation. S'il y a « traitement à part » pour certains contrats, la contrepartie doit vérifier que le détail du traitement en question s'applique à son contrat, ce qui est souvent compliqué.
125. *Traitement à part des contrats financiers et contrats de produits dérivés*<sup>22</sup>. La compensation et la compensation monétaire de groupe soulèvent un autre problème qui tend à devenir rapidement une caractéristique générale du droit de l'insolvabilité, le traitement à part (« carve out »). Il consiste à exempter du régime habituel de la faillite une classe donnée de créanciers ou une catégorie donnée de transactions. Ainsi, dans quelque 20 juridictions, pour la plupart importantes, des exceptions sont stipulées en faveur de la compensation de contrats financiers. La plupart des juridictions des pays développés prévoient un traitement à part pour les sûretés réelles, les opérations de réméré et la titrisation. La récente Directive de l'UE sur la finalité du règlement en offre un autre exemple. Les traitements à part améliorent généralement le régime de l'insolvabilité et le rendent plus efficace. Beaucoup sont indispensables à la sûreté des marchés, mais la politique en cause est plus large. Les exceptions semblent souvent assez restreintes. Elles conduisent au plan international à un tissu d'une extrême complexité. Ces traitements à part sont non seulement très détaillés mais ils peuvent aussi rapidement devenir périmés. Cet état de fait peut occasionner des risques supplémentaires indésirables (on ne peut pas toujours attendre du simple négociant qu'il comprenne des systèmes doubles orientés simultanément dans deux directions), et par là entraîner des coûts de transaction élevés. Vu l'importance primordiale de certains contrats dérivés et leur utilisation pour la couverture des risques des transactions internationales, la communauté internationale a besoin d'un degré de certitude maximum. La meilleure manière d'y parvenir est de prévoir un traitement à part pour ces types de contrat, quand bien même le droit commercial général d'une juridiction donnée pourrait autoriser une compensation avant l'ouverture de la procédure.

---

<sup>22</sup> Les contrats dérivés sont des contrats dont la valeur de marché est « dérivée » de la valeur d'autres titres ou variables. La forme la plus commune consiste en accords de swaps de devises et de taux d'intérêt, visant à limiter le risque de remboursement lié à un taux d'intérêt flottant ou à une monnaie donnée. L'ancienne International Swap Dealers Association, devenue l'International Swap and Derivatives Association (ISDA), a mis au point des accords cadres pour régir les swaps de taux d'intérêt et de monnaie. L'ISDA recueille des avis juridiques sur le caractère exécutoire de ces contrats dans un grand nombre de juridictions, mais le nombre total des juridictions est assez faible et la loi de la plupart des pays laisse des marges d'incertitude considérables. Pour une analyse plus détaillée du traitement de la compensation dans le contexte de l'insolvabilité des banques et de la restructuration, on se reportera à l'annexe I.

126. **Principe 15 : Administration : opérations frauduleuses ou préférentielles.** *La loi doit permettre d'éviter ou d'annuler les opérations frauduleuses et préférentielles préalables à la faillite menées à terme lorsque l'entreprise était insolvable ou qui ont provoqué l'insolvabilité. Généralement, la période suspecte précédant la faillite, pendant laquelle les paiements sont présumés préférentiels et peuvent être mis en réserve, doit être courte, afin que les relations de commerce et de crédit normales ne soient pas perturbées. Cette période considérée comme suspecte peut être plus longue dans le cas de cadeaux ou si la personne recevant le transfert est un proche du débiteur ou de ses propriétaires.* Les transferts entrant dans le champ d'application de ce principe sont de deux types : frauduleux et préférentiels. Est qualifié de frauduleux un transfert effectué par les dirigeants du débiteur dans l'intention de frauder les créanciers, tandis qu'un transfert dit préférentiel consiste généralement en un paiement effectué dans le cours normal des affaires mais en violation du principe *pari passu* du fait d'accorder la préférence à certains créanciers, les autres ne bénéficiant d'aucun paiement durant la période d'insolvabilité aboutissant à l'engagement de la procédure. La période considérée comme suspecte est généralement bien plus longue pour les transferts frauduleux (entre 1 et 6 ans) que pour les transferts préférentiels (entre 3 et 6 mois). Dans ce dernier cas, en effet, la période en question doit rester raisonnablement courte du fait des perturbations que peut causer aux activités commerciales normales la mise en réserve de paiements préférentiels.
127. Dans tous les pays développés, la législation en matière d'insolvabilité prévoit la récupération des actifs transférés par le débiteur durant la période suspecte précédant l'engagement de la procédure officielle d'insolvabilité. Fondamentalement, une opération est qualifiée de préférentielle lorsqu'elle porte préjudice à d'autres créanciers du débiteur (qui reçoivent un moindre dividende dans le cadre de la procédure de faillite en raison des paiements déjà effectués), lorsqu'elle intervient pendant la période où le débiteur est insolvable ou provoque son insolvabilité, et lorsqu'elle intervient pendant une période suspecte précédant l'engagement de la procédure officielle d'insolvabilité. Le premier de ces trois critères est toujours requis. Les deux autres le sont généralement, mais il existe des exceptions (par exemple, dans les cas de dissimulation délibérée). Cela est notamment justifié par les considérations suivantes :
- *Fraude.* Il s'agit d'empêcher que le débiteur, s'il se sait sur le point d'être en situation d'insolvabilité, ne dissimule ou ne transfère de manière frauduleuse ses actifs pour que ses créanciers n'y aient pas accès. C'est la définition même d'un transfert frauduleux, qui est assorti dans bien des cas d'une intention malhonnête.
  - *Égalité.* Si le débiteur est insolvable, il est tenu de traiter ses créanciers sur un pied d'égalité même si la procédure officielle d'insolvabilité n'est pas encore engagée. Il ne faut pas qu'un paiement ou transfert préférentiel en faveur d'un de ses créanciers porte préjudice aux autres en réduisant le niveau des actifs auxquels peuvent généralement avoir accès ces créanciers.
  - *Harcèlement du débiteur.* Il s'agit de dissuader les créanciers qui jouissent d'une influence particulière ou sont particulièrement efficaces de faire pression sur le débiteur pour qu'il s'acquitte de sa dette ou qu'il leur accorde une sûreté de préférence aux autres.
128. D'autres considérations militent en faveur d'une atténuation de cette prohibition du traitement préférentiel :
- *Le principe de prévisibilité.* Il convient d'établir d'une manière sûre et prévisible que les opérations avec des tierces parties agissant de bonne foi et à titre onéreux seront inviolables et maintenues en faveur desdites parties. Si toutes les opérations pouvaient être dénouées du fait d'avoir été conclues durant la période suspecte, indépendamment de savoir si la partie tierce avait agi en connaissance de cause, de manière coupable ou à titre non onéreux, la sécurité des opérations commerciales et financières en serait amoindrie. Les règles de préférence imposent une égalité à une date indéterminée mais antérieure à la

procédure officielle d'insolvabilité, et font ainsi tomber le couperet par anticipation : l'insolvabilité devient rétroactive.

- *La possibilité d'éviter la procédure d'insolvabilité.* L'autre considération qui milite contre l'application excessivement large du principe de récupération des actifs est qu'il convient parfois de donner au débiteur l'occasion de procéder à certaines opérations pour résoudre ses problèmes. Si le débiteur ou ses administrateurs s'expose au risque de pénalités ou d'interdiction légale du fait d'accorder la préférence à tel ou tel créancier, cela pourra éventuellement le pousser à cesser prématurément ses activités, ce qui ira probablement au détriment de ses créanciers pris globalement. Généralement, les procédures d'insolvabilité ont un effet catastrophique sur la valeur des actifs d'une société et réduisent à néant son fonds de commerce, même si elles ont pour but son redressement. Cet aspect contradictoire fait bien ressortir les tensions qui s'exercent toujours entre l'option consistant à pousser un débiteur à cesser ses activités avant qu'il ne soit trop tard et celle consistant à lui permettre de les poursuivre afin de sauver sa propre affaire et ses créanciers.

129. Si l'idée d'éviter la dissipation intentionnelle des actifs ne souffre pas d'objection, l'extension du champ d'application des règles sur le traitement préférentiel aux opérations d'un caractère plus ordinaire s'est toujours heurtée à des résistances. Dans la plupart des juridictions, ces règles peuvent être regroupées dans trois catégories :

- *Transferts délibérément préjudiciables.* Il s'agit des transferts effectués par des débiteurs dans le but de porter préjudice aux créanciers ou de les empêcher d'agir en faisant disparaître des actifs auxquels ils auraient autrement accès dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. On touche ici au principe de l'action paulienne, qui remonte au moins au IX<sup>e</sup> siècle et qui figure dans toutes les législations sur l'insolvabilité des pays développés. Son principe de base est l'existence, chez le débiteur, d'une intention délibérée de frauder ses créanciers. En général, il n'y a pas de période suspecte et l'opération considérée est passible d'annulation quelle qu'en ait été la date.
- *Cadeaux.* Les règles en question visent à empêcher les cadeaux de la part des débiteurs, lesquels ont manifestement pour effet de réduire les actifs auxquels puissent avoir accès les créanciers. Elles couvrent généralement les opérations donnant lieu à sous-évaluation et comportant ainsi un élément de don, telles que la vente d'actifs du débiteur à un prix sous-évalué. Elles peuvent aussi s'étendre à d'autres types d'opérations donnant lieu à sous-évaluation, telles que l'octroi de rémunérations excessives au sein de la société ou de crédits d'un coût prohibitif. Une période suspecte peut ou non s'appliquer en la matière.
- *Préférences d'ordre général.* Cette catégorie englobe les dispositions prohibant d'une manière générale les paiements et transferts effectués par les débiteurs qui portent préjudice aux créanciers du fait de réduire le niveau des actifs du débiteur ou qui donnent un avantage au créancier préférentiel du fait de le placer dans une situation meilleure que celle qu'il aurait connue à l'insolvabilité du débiteur en l'absence de ce paiement ou transfert. Dans la quasi-totalité des cas, le champ de ces règles s'applique à une période suspecte déterminée qui précède l'engagement de la procédure d'insolvabilité et durant laquelle le débiteur était effectivement insolvable.

130. Il peut également exister des dispositions statutaires spécifiques concernant les transferts involontaires de la part des débiteurs, tels que les saisies-exécutions sur les biens de débiteurs par des créanciers ou les transferts et cessions de créances entre créanciers aux fins de compensation. D'autres dispositions peuvent limiter le transfert par un débiteur de son fonds de commerce (elles sont communément appelées lois sur les ventes en bloc), ou les pratiques consistant à payer les actionnaires avant les créanciers, comme dans les cas de versements de dividendes prélevés sur le capital ou de remboursements de parts du capital social sous diverses formes directes et indirectes (par exemple, aide financière pour l'achat de parts de la société). Les règles régissant cette « aide financière » sont considérées comme trop contraignantes dans

certaines juridictions. Les principales questions soulevées par les règles sur le traitement préférentiel sont notamment :

- L'étendue des protections accordées aux créanciers ou des exonérations en matière de préférences générales, et notamment la question de savoir si une opération échappe à l'application des règles dans les cas où le débiteur n'avait aucunement l'intention d'accorder une préférence ou encore dans ceux où le créancier n'était pas au courant de l'insolvabilité du débiteur à la date du transfert.
- La protection des paiements effectués dans la conduite des affaires courantes. Cela revêt une importance particulière en cas d'arrangements destinés à assurer la survie du débiteur.
- La validité des sûretés afférentes aux créances antérieures. Les aspects qui font communément problème sont notamment ceux qui ont trait au nantissement complémentaire obligatoire et aux garanties d'entreprises ordinaires (absence d'argent frais).
- La durée de la période suspecte.

131. **Principe 16 : Règlement des créances : traitement des droits et du rang de priorité des parties intéressées.** *Les droits et le rang de priorité des créanciers établis avant l'insolvabilité en vertu du droit commercial doivent être respectés en cas d'insolvabilité, afin de préserver les attentes légitimes des créanciers et d'encourager une plus grande prévisibilité dans les relations commerciales. Il ne doit y avoir déviation par rapport à cette règle générale que dans la mesure indispensable pour promouvoir d'autres mesures qui s'imposent (à l'appui du redressement, par exemple) ou pour maximiser la valeur du bien. Les règles concernant le rang de priorité doivent inciter les créanciers à gérer le crédit efficacement.* Les procédures d'insolvabilité mettent en jeu des intérêts multiples et concurrents. Pour l'essentiel, tous les créanciers sont définis comme tels du fait d'avoir établi un lien juridique ou contractuel avec le débiteur avant la faillite de celui-ci. Les droits de ces créanciers seront régis par toute une série de lois différentes. Si beaucoup d'entre eux peuvent être dans une situation similaire du point de vue des types de créances qu'ils détiennent sur la base de droits juridiques ou contractuels analogues, d'autres peuvent détenir des créances ou des droits d'un rang plus élevé. Comme on l'a souligné à la section 1, la législation de l'insolvabilité doit veiller à concilier les droits juridiques et commerciaux des créanciers d'une manière qui ne porte pas atteinte aux attentes commerciales légitimes, l'objectif étant de favoriser le principe de prévisibilité dans les relations commerciales. Bien entendu, il y a des limites à cela, étant donné la multiplicité d'objectifs et d'intérêts concurrents qui sous-tendent la procédure d'insolvabilité. Parmi les options de politique sectorielle envisageables, certaines des plus délicates sont examinées ci-après.

132. **Traitement des créanciers garantis.** *La loi sur les faillites doit reconnaître que les créanciers garantis ont droit en priorité à leur nantissement. Lorsqu'il est porté atteinte aux droits de ces créanciers pour promouvoir une politique légitime de faillite, il convient de préserver les droits de ces créanciers sur leur nantissement pour éviter une perte ou une dégradation de la valeur économique de leur intérêt lorsque l'action est intentée. Les fonds provenant de la liquidation de leur nantissement seront distribués aux créanciers garantis dès que possible après la réalisation du produit de la vente.* Lorsque le débiteur est solvable, la sûreté est d'une importance limitée car les créanciers peuvent, tant que le débiteur n'a pas mis ses actifs hors de leur portée, faire respecter leurs droits en obtenant un jugement ayant force exécutoire à l'encontre de ces actifs. C'est lorsque le débiteur fait faillite qu'un créancier a particulièrement besoin de recourir à la sûreté, et il est donc primordial que la loi sur les faillites, par principe, respecte les droits acquis avant la faillite par les créanciers garantis et accorde à ceux-ci un rang prioritaire au regard des droits sur le nantissement. La justification de ce rang prioritaire est intrinsèquement liée aux notions d'opération commerciale, de valeur et de notification.

133. Une question particulièrement épineuse est de savoir dans quelle mesure les créanciers garantis doivent être autorisés à faire valoir leur rang prioritaire et à réaliser leur sûreté de préférence aux autres créanciers pris dans leur ensemble. Il y a concurrence entre l'intérêt du créancier qui a conclu avec le débiteur une opération pour obtenir une sûreté, la valeur obtenue en contrepartie reflétant le recours à cette sûreté, et l'intérêt des créanciers non garantis à ce qu'une action précipitée soit évitée. L'intention du créancier garanti est seulement de recouvrer de la masse des biens ce qu'il y a contribué, tandis que l'intérêt des créanciers non garantis est d'empêcher que l'entreprise ne perde de sa valeur du fait du retrait des biens essentiels à son fonctionnement. Cette préoccupation a particulièrement lieu d'être dans le contexte d'une procédure de redressement, le retrait de biens risquant en pareil cas d'empêcher la réorganisation de l'entreprise au détriment de l'ensemble des créanciers. Le problème se pose avec moins d'acuité dans le cas d'une liquidation pure et simple, dans laquelle la fonction du liquidateur est de réunir et réaliser les actifs, et de répartir le produit de la vente en question entre les créanciers sous forme de dividende. Dans cette situation, le créancier garanti est en principe autorisé à réaliser sa garantie en dépit de la faillite, sauf dans les rares cas où le liquidateur peut obtenir un meilleur résultat pour l'ensemble des créanciers. Il découle de cela que le créancier garanti reste en grande partie extérieur à la procédure de faillite et non affecté par elle. Il n'est pas aisé de concilier les intérêts concurrents, et c'est là un sujet qui a fait l'objet de très nombreux écrits. Il existe de sensibles différences entre l'octroi de droits garantis et la façon dont ces droits sont traités dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, et l'on peut distinguer au moins deux options à cet égard.

- *Première option : La faillite n'a aucun effet sur les créanciers garantis.* Dans certains pays, la sûreté s'applique universellement à l'ensemble des biens du débiteur, y compris les biens futurs, et peut également couvrir l'ensemble des créances futures sans application d'un montant maximum, et les créanciers garantis sont autorisés à céder le nantissement sans intervention des tribunaux et à nommer à titre privé un administrateur judiciaire ou un syndic pour administrer l'entreprise sans que celle-ci ne soit vendue. Il s'agit d'environ 80 pays de « Common law » appliquant le principe de sûreté universelle fixe, sans dessaisissement. D'autres juridictions admettent, de la même façon, les sûretés universelles, mais en les assortissant de certaines limites ; c'est notamment le cas de l'Afrique du Sud, des États-Unis (Louisiane exceptée), de la Finlande, de la Pologne, de la Russie et de la Suède. Ce qui différencie principalement l'un et l'autre groupes, c'est que le second n'admet pas la possibilité de prise de possession immédiate d'une entreprise par la nomination d'un syndic à la place de ses administrateurs.
- *Deuxième option : Les créanciers garantis ne sont pas admis à faire valoir leurs droits dans le cadre de la procédure de faillite.* Un autre groupe de pays adopte un point de vue différent. Ces juridictions permettent la constitution d'une sûreté sur des biens fonciers, suivant en cela la majorité des pays, mais restreignent les possibilités de constitution de sûretés sur des marchandises, des créances, des contrats et des investissements, que ce soit en interdisant purement et simplement ces types de sûretés ou en limitant les effets (par exemple, en ne les admettant que pour des biens existants spécifiés, à l'exclusion des biens et créances futurs d'une manière générale), en excluant leur application aux crédits futurs ou reconductibles, en imposant un plafond sur les créances ainsi couvertes, en subordonnant ce type de créances aux créances privilégiées non garanties (impôts, frais de faillite, employés), ou en restreignant l'application de ces sûretés, par exemple au moyen de règles de ventes aux enchères publiques ou judiciaires (délais, coûts, accumulation d'intérêts), de délais de grâce obligatoires et, dans certains cas, de suspensions dans l'éventualité de procédures de réorganisation.

134. *Facteurs d'incitation et de dissuasion.* Quand il s'agit de décider entre l'une et l'autre options, le choix est fonction des facteurs d'incitation et de dissuasion inhérents à chacune. La première option encourage fortement les débiteurs à agir d'une manière financièrement responsable, tout du moins vis-à-vis de leurs créanciers garantis, qui seront plus probablement des prêteurs importants. De plus, cette approche favorise l'octroi de prêts aux conditions les plus favorables du fait de donner au marché et aux prêteurs le maximum d'assurance que leurs droits garantis sont effectivement protégés. Elle a pour effet de conférer aux droits garantis considérés un rang supérieur à ceux des créanciers non garantis, surtout si le créancier garanti concerné veille diligemment à protéger ses intérêts. Le fait de récompenser ainsi les comportements positifs ne peut qu'encourager davantage de créanciers à faire preuve de diligence pour la sauvegarde de leurs propres intérêts. En outre, cette option pourra encourager l'apparition d'un marché secondaire en renforçant l'attrait des titres de créances en difficulté pour les acheteurs potentiels, ceux-ci étant plus sûrs de tirer de la valeur de ces créances garanties.
135. Incontestablement, toute contrainte affectant les droits des créanciers garantis à engager des poursuites rend plus aléatoire leur capacité à recouvrer leur créance, ce qui peut accroître le risque perçu et se traduire ainsi par une majoration des taux et des frais de crédit. On peut réduire ces aléas en instaurant des règles temporelles pour limiter de manière stricte et précise la durée de l'injonction et son champ d'application. Dans certains cas, le risque pourra tourner à l'avantage d'un créancier garanti dans le contexte d'une procédure de faillite, où la possibilité de réaliser un nantissement est bien plus forte que dans le cadre des procédures exécutoires extérieures à la faillite. Disposer d'assurances de ce type permet aux créanciers de mieux apprécier leurs risques d'insolvabilité pour cause de retards et peut améliorer leurs droits à poursuites lorsque les possibilités d'intenter des procédures exécutoires courantes devant les instances civiles ou commerciales sont amoindries.
136. *Sursis d'exécution.* Lorsque le sursis d'exécution s'applique aux créanciers privilégiés, il doit être d'une durée limitée précise, concilier la protection des créanciers et les objectifs de la procédure d'insolvabilité, et prévoir la possibilité que le tribunal statue sur la demande de levée du sursis présentée par les créanciers ou autres personnes concernées. Dans les liquidations, l'accent est mis sur la vente de l'intégralité ou d'une partie des actifs pour permettre aux créanciers d'être remboursés le plus rapidement possible sur le produit de cette vente, et un objectif primordial est de maximiser la valeur des actifs. Le problème est de concilier les intérêts des créanciers garantis dotés de droits accessoires et ceux des créanciers non garantis. Le plus souvent, les créanciers garantis détiendront un intérêt garanti sur les principaux actifs de l'entreprise. Il n'est pas interdit de penser que, dans le cas d'une liquidation, où l'intention n'est pas de préserver l'entreprise, le choix entre les deux intérêts devrait pencher fortement en faveur du maintien des droits découlant du contrat, sous réserve du respect de la clause pari passu. Autrement dit, il devrait y avoir une forte inclination à protéger les droits garantis et à permettre aux créanciers concernés de recouvrer leur nantissement. Comme ces créanciers ont des droits d'un rang supérieur à ceux des créanciers non garantis, ou différents d'eux, le traitement particulier accordé à ces droits ne contrevient pas à la clause pari passu comme entre créanciers garantis. Par ailleurs, il importe de concilier l'intérêt qu'il y a à protéger les droits garantis et l'intérêt majeur qu'il y a à tirer une valeur maximum de la liquidation de l'entreprise. Cela implique souvent, en premier lieu, qu'on s'emploie à vendre les biens de l'entreprise en bloc plutôt qu'individuellement, la valeur globale de ces biens étant supérieure à leur valeur de liquidation. Cela peut également impliquer qu'on veille à ce que tout droit sur l'actif ou tout élément non grevé du nantissement soit préservé au profit de la masse de biens.

137. Étendre l'application automatique du sursis d'exécution aux créanciers garantis et aux détenteurs d'intérêts réels sur les biens du débiteur est une option qui prête davantage à controverse. Dans le contexte d'une procédure de redressement, la question est relativement simple : une entreprise ne peut être réorganisée s'il ne lui reste plus d'actifs à réorganiser. Selon ce raisonnement, les tentatives de sauvetage risqueront d'échouer si les actifs essentiels et composants des biens du débiteur et de son entreprise ne sont pas maintenus en place. C'est pourquoi les politiques favorisant le sauvetage d'une entreprise exigent l'application d'une injonction ou d'un sursis d'exécution pendant une période d'une durée raisonnable, afin d'empêcher les créanciers de démanteler l'entreprise pendant que les parties négocient un plan de sauvetage. Dans ce cas, l'injonction doit être d'une portée générale, et doit même aller jusqu'à empêcher les créanciers garantis d'exercer leurs droits à poursuite et l'État d'exercer quant à lui ses droits prioritaires.
138. Les raisons qui militent en faveur du sauvetage d'une entreprise dans l'optique de la maintenir en exploitation se heurtent notamment à la politique consistant à promouvoir les flux de crédit en réduisant les risques d'insolvabilité pour les créanciers garantis. Dans certains cas, cela n'est pas possible. Par exemple, certains droits garantis dérivés d'une transaction peuvent être à ce point ancrés dans les mœurs commerciales qu'il sera difficile d'en restreindre l'exercice. Une mesure d'ordre législatif pourra par conséquent devoir être prise pour faire exception à cela ou pour donner aux créanciers garantis l'option de décider ou non d'exercer leurs droits. C'est à cet égard que le type de sûreté fondé sur la notion de charge flottante a dû être pris en compte dans les procédures de sauvetage d'entreprises en vigueur en Angleterre et en Australie. En tout état de cause, il importe que le sursis d'exécution ou la suspension des voies d'exécution soit d'une durée limitée et ne puisse être prorogé que par ordonnance des tribunaux.
139. Si les intérêts des créanciers concernés sont insuffisamment protégés, des mesures devront être prises pour permettre à ces créanciers d'intenter un recours pour échapper au sursis. La protection des créanciers peut revêtir des formes multiples, mais il s'agit, en substance, de maintenir en l'état la sûreté que détient un créancier garanti sur un bien par des mesures qui permettront soit d'empêcher la valeur du nantissement de décliner, soit de dédommager le créancier garanti de cette perte de valeur. Les formes de protection envisageables consisteront à faire des paiements en espèces périodiques pendant la durée de la procédure, à accorder au créancier garanti concerné une sûreté réelle supplémentaire sur d'autres actifs non garantis, à conférer au créancier garanti un rang prioritaire lors des remboursements sur les autres actifs non grevés, etc.
140. *Financement de titre et réserve de propriété.* Le financement de titre est souvent utilisé comme alternative à la sûreté, et une évaluation de la sûreté doit également inclure une évaluation du financement de titre. Par exemple, dans l'Angleterre du XIX<sup>e</sup> siècle, la législation afférente aux contrats de vente interdisait le recours par les individus aux hypothèques mobilières sans dépossession, mais ces dispositions ont été contournées par la technique de la location-vente, une forme de financement de titre. Cela a pour effet de mettre à la disposition des consommateurs des crédits fondés sur des actifs. Dans certains pays, le leasing financier (ou crédit-bail), qui est fréquemment utilisé pour les avions et autres biens d'équipement de grandes dimensions, semble avoir pris un élan particulier dans le domaine des chemins de fer, l'application de sûretés au matériel roulant faisant problème.
141. Avec la formule du financement de titre, celui qui finance détient un titre de propriété sur l'actif, et non pas une hypothèque ou une sûreté réelle. En dehors de la location-vente et du crédit-bail, cette formule englobe également diverses formes de crédits commerciaux, dont la réserve de propriété et l'escompte, l'affacturage ou le report de créances commerciales ; la cession-bail ; la mise en pension (ou vente en réméré, fréquemment utilisée pour les titres de

placement et jouant un rôle important sur les marchés des capitaux) ; et les emprunts d'actions. On pourrait peut-être inclure dans cette liste les titrisations de créances et les réaménagements de titres de créances, dont il existe beaucoup de variantes.

142. Dans bien des cas, le financement de titre a, par essence, l'effet commercial d'une sûreté. Du reste, beaucoup des techniques dont il est ici question sont destinées à contourner les obstacles mis en place par les législations sur les gages. Le comportement du législateur à l'égard du financement de titre va de l'enthousiasme à l'hostilité. Certaines juridictions encouragent le marché à sortir du carcan des hypothèques et favorisent de ce fait la forme par rapport au fond. D'autres s'efforcent au contraire de reverrouiller la porte ainsi entrebâillée en requalifiant de sûreté ces types d'opérations, ce qui aboutit souvent à les faire échouer pour cause de non-respect d'une des règles applicables aux gages, ou encore à les refaire passer sous le régime applicable aux sûretés réelles (comme dans le cas de l'article 9 du Code de commerce uniforme des États-Unis). Certains systèmes juridiques protègent un type de disposition (tel que la réserve de propriété du vendeur sur les biens), mais pas les autres.
143. La réserve de propriété est depuis longtemps une notion importante en Europe continentale. Les accords entre acheteurs et vendeurs englobent généralement une clause de réserve de propriété, qui dispose que le vendeur à l'origine du transfert de propriété faisant l'objet dudit accord conserve la propriété du bien considéré jusqu'à ce que les conditions de l'accord soient satisfaites (par exemple, un paiement intégral). La réserve s'étend également au produit dérivé du bien en cas de vente, si tant est qu'on puisse l'identifier.
144. Les mécanismes de réserve de propriété ne se limitent pas aux vendeurs : les prêteurs et autres bailleurs de fonds peuvent également y avoir recours lors de la vente de biens. La réserve de propriété établit de fait une sûreté pour le paiement du prix d'achat. Il est largement admis que les clauses de réserve ont pour effet de conférer aux détenteurs de ces réserves un droit ou une sûreté réelle prioritaire sur les biens en question. Elles protègent les vendeurs à l'égard des droits d'autres créanciers garantis qui détiennent des créances fixes ou sans dessaisissement, ainsi que des privilèges. Dans bien des cas, l'établissement d'une réserve de propriété ne nécessite pas d'enregistrement ou d'avis et peut donc faire effet de « droit de gage secret » à partir du moment où les clauses en question peuvent être opposables, en l'absence de telles pièces, à n'importe quelle autre partie. Certains pays (le Portugal, l'Espagne, la Suisse) exigent un enregistrement pour que les réserves de propriété prennent effet.
145. Lorsqu'on considère le financement de titre, la question essentielle n'est pas de savoir si ce dispositif s'apparente à une sûreté – c'est, de fait, souvent le cas –, mais quel rôle il joue en tant que soupape de sûreté. Lorsqu'un mécanisme apparaît et est couramment utilisé pour contourner des règles restrictives incompatibles en matière de gage ou d'hypothèque, c'est dans le contexte de la législation sur les gages qu'on aurait le plus intérêt à envisager de traiter du problème. De plus, faire preuve de transparence en la matière contribue grandement à résoudre les problèmes que peuvent soulever des systèmes qui continuent de faire une distinction entre la réserve de propriété et l'octroi d'une sûreté. Il est important que les mécanismes de réserve de propriété nécessitent un enregistrement public sous une forme ou une autre, ne serait-ce que pour les valeurs de nantissement dépassant un montant donné, faute de quoi le système souffrira de la plupart des graves inconvénients en termes de coût dont il a été question plus haut dans la section consacrée au Principe 4. Si l'enregistrement n'est pas admis pour les droits faisant l'objet d'une réserve de propriété, il faut alors, au minimum, que le principe de réserve de propriété soit défini de manière restrictive comme s'appliquant uniquement aux transactions assorties d'un prix d'achat plutôt qu'à l'octroi de sûretés réelles sur des biens déjà en possession d'une partie quelconque. Sinon, on sera confronté à une multitude d'opérations fictives.

146. **Traitement des créanciers non garantis.** Après la distribution aux créanciers privilégiés et le règlement des créances liées aux frais et aux dépenses de l'administration, les fonds disponibles seront distribués pari passu aux autres créanciers, sauf si, pour des raisons impérieuses, le traitement préférentiel d'une dette particulière se justifie. D'une manière générale, les intérêts de caractère public ne doivent pas l'emporter sur les droits privés. Le nombre de catégories prioritaires doit rester aussi bas que possible. Dans beaucoup de pays, la législation en matière d'insolvabilité reconnaît, à des degrés divers, le rang prioritaire de certaines catégories de créances ordinaires, telles que les impôts et les salaires impayés. Ce que l'on constate, c'est que les pays ont en fait tendance à multiplier les catégories de créances bénéficiant de ce rang de priorité, par exemple en le conférant à toutes les nouvelles formes d'impôts ou de droits ou à tous les bénéfices supplémentaires accordés aux employés. Du reste, les pays qui ont une tradition bien établie de protection des salariés connaissent parfois d'énormes problèmes à concilier l'octroi de garanties à des employés et, en cas de faillite de leurs employeurs, la nécessité pour le syndic de faillite de maintenir l'entreprise à flot et, si possible, d'en rétablir la rentabilité, ce qui peut impliquer des coupes sombres dans les effectifs. Ces dernières années ont été marquées par un retour de balancier contre l'octroi d'un rang préférentiel aux créances ordinaires et la notion même de créance préférentielle non garantie, l'un et l'autre étant considérés comme faisant obstacle à ce qui est perçu comme l'objectif des lois sur l'insolvabilité, à savoir la nécessité de maximiser les fonds rétrocédés aux créanciers pris globalement.
147. Un autre facteur qui précarise la situation des créanciers non garantis est la multitude de droits réels que beaucoup de systèmes juridiques établissent de manière non conventionnelle – par exemple, les droits de rétention accordés par la loi pour garantir le paiement de frais de réparation, de droits portuaires et de redevances d'atterrissage pour les navires et les avions, de salaires de marins et autres créances maritimes, etc. Le plus souvent, les privilèges ainsi créés ont un rang prioritaire non seulement vis-à-vis des droits des créanciers non garantis mais aussi par rapport aux droits réels de type conventionnel. Et comme il s'agit souvent d'intérêts non possessoires qui ne se prêtent pas vraiment à une procédure d'enregistrement, les créanciers qui détiennent un droit réel de type conventionnel n'ont pas conscience de leur existence et doivent simplement accepter le risque de voir ces privilèges faire irruption dans une procédure d'insolvabilité. C'est pourquoi, au moment de concevoir un nouveau régime juridique applicable aux sûretés conventionnelles, il importe de prêter toute l'attention voulue non seulement à la situation des créanciers garantis et des créanciers non garantis, mais aussi à celle des créanciers prioritaires et des détenteurs de droits réels non conventionnels.
148. Le législateur doit résister à la tentation d'instituer toute une kyrielle de catégories prioritaires basées sur des intérêts particuliers plutôt que sur des politiques sociales faisant l'objet d'un fort et large consensus. Toutes les législations sur les faillites reflètent des choix de politiques qui accordent un rang prioritaire à certaines créances par rapport aux autres dans le cadre du système de répartition. Certes, dans bien des cas, les politiques en question prennent en compte d'importants aspects de l'intérêt public, tels que la sauvegarde de la base de recettes de l'État ou la garantie de la sécurité de la main-d'œuvre, mais ces considérations d'intérêt public au sens large sont en concurrence avec les intérêts privés et risquent de fausser le jeu normal des incitations commerciales. Les lois en matière d'insolvabilité ne doivent pas venir se substituer aux régimes de sécurité sociale, aux organes de protection de l'environnement et aux autres dispositifs de ce type.
149. **Traitement des employés.** La main-d'œuvre est un élément essentiel d'une entreprise, et il faut veiller soigneusement à concilier ses droits avec ceux des autres créanciers. Dans le cas d'une faillite, où l'entreprise concernée en est à sa dernière extrémité, nul ne saurait raisonnablement plaider en faveur de la protection des emplois aux dépens d'une firme défunte.

La faillite est généralement considérée comme un processus d'ajustement financier au niveau des liens qui existent entre prêteurs et emprunteurs ou créanciers et débiteurs — une notion qui, selon une interprétation possible, reviendrait à négliger ou sous-évaluer la place des employés et leurs droits. D'un point de vue catégoriel, la main-d'œuvre se situe entre les deux extrêmes que constituent les actionnaires ou les responsables de l'entreprise, d'une part, et les prêteurs ou créanciers, de l'autre. Le plus souvent, il existe un engagement implicite entre les employés et l'entreprise. Si un employé continue de s'acquitter comme il faut de son travail, l'entreprise continuera de l'employer et de lui verser des émoluments à la mesure de ses capacités et des efforts qu'il fournit. Mais cet engagement est nécessairement conditionnel : si les perspectives financières de l'entreprise viennent à péricliter, l'employé supportera une partie des risques correspondants, au même titre que les actionnaires de la société. En règle générale, l'engagement n'est pas explicite, pour la simple raison qu'il est impossible de porter sur le papier l'ensemble des conditions susceptibles de s'appliquer. Dans beaucoup de systèmes juridiques, ces engagements implicites sont reconnus, si bien que, dans les procédures de faillite, les émoluments dus aux employés au titre du travail fourni ont un rang de priorité sur les paiements dus aux autres créanciers non garantis bénéficiant de droits à paiement privilégiés ou prioritaires.

150. Les autres « obligations » existant envers les employés (en vertu du contrat implicite) et les autres créanciers soulèvent des questions qui sont de portée plus générale et qui, dans la plupart des cas, ne sont pas résolues. En fonction de la formation qu'ils ont reçue et de l'endroit où ils travaillent, les employés peuvent avoir une mobilité professionnelle et des possibilités d'emploi limitées. Ceux dont les pensions de retraite découlent du maintien en exploitation de l'entreprise ou qui ont acquis une participation au capital de celle-ci (lequel est désormais sans valeur) peuvent valablement se préoccuper de leur sécurité sur un plan pratique. Les employés et retraités pourraient voir disparaître leur sécurité de retraite dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité ne donnant lieu à aucune mesure de protection particulière. Il convient de tenir compte de ces considérations plus générales touchant aux droits et avantages liés à un emploi. Les questions de ce type se posent d'une manière encore plus aiguë dans le contexte d'économies qui connaissent des difficultés d'ordre systémique, et où le taux de chômage peut déjà être élevé. Le problème est encore aggravé dans bon nombre de pays en transition et en développement éventuellement dotés d'un faible filet de protection sociale pour la main-d'œuvre au chômage. En périodes de difficultés financières pour les entreprises, il n'est pas rare de voir celles-ci réduire considérablement leurs effectifs pour devenir plus compétitives. Pour les employés en surnombre, les options risquent d'être limitées.
151. L'expérience récente montre les risques de troubles sociaux qui existent dans le contexte de marchés en proie à de graves difficultés, en l'absence de stratégies cohérentes pour traiter des droits des employés, ce qui soulèvent de difficiles questions de politique sectorielle pour la conception de législation en matière d'insolvabilité. Faut-il donner la priorité aux droits des employés par rapport à ceux des autres créanciers qui fournissent à une entreprise des facteurs essentiels ? Si c'est le cas, les entreprises à forte intensité de main-d'œuvre représenteront un risque de crédit plus élevé que celles à forte intensité de capital, ce qui risque de pénaliser la création d'emplois.
152. **Traitement des participations au capital.** En règle générale, les propriétaires d'une entreprise ne sont pas admis à recevoir une partie du produit de la vente des actifs de la société tant que les créanciers, qui ont un rang prioritaire plus élevé, n'ont pas été intégralement remboursés. Dans ces conditions, ce n'est que dans de rares cas de liquidation que les propriétaires ou détenteurs de titres de participation au capital peuvent parvenir à recouvrer leur investissement dans l'entreprise. La même règle doit s'appliquer dans les procédures de redressement, mais son application fait bien souvent obstacle aux opérations de sauvetage

financier et à l'engagement volontaire de procédures dont les propriétaires savent qu'elles aboutiront, à terme, à leur faire perdre leur droit de propriété sur l'entreprise. C'est là une issue très difficile à accepter pour une personne ou une famille qui a consacré toute son existence, ses revenus et ses efforts personnels à développer l'affaire. C'est pourquoi les procédures de redressement, qui suivent cette règle générale relative au rang prioritaire des créances, permettent parfois aux détenteurs de titres de participation de négocier en vue de conserver une part du capital de l'entreprise.

### **3.3 Éléments concernant le redressement des entreprises (Principes 17-24)**

153. Les formes traditionnelles de sauvetages d'entreprises comprennent les concordats à l'amiable ou préventifs, les moratoires (longs ou courts), les accords avec les créanciers, les procédures d'administration judiciaire, etc. Ces versions anciennes des procédures de redressement actuelles étaient souvent utilisées à contrecœur et sujettes à des abus. Dans bien des cas, elles imposaient des seuils minimums élevés pour pouvoir s'appliquer, elles étaient assorties de règles peu pratiques au sujet des paiements initiaux garantis, ou elles fixaient d'autres restrictions. C'est pourquoi elles ont été peu utilisées, les créanciers préférant conclure des arrangements à titre privé ou, s'il n'y avait plus d'espoir du tout, engager des procédures de liquidation.
154. Ces dernières années ont vu se développer les procédures de redressement « à faible seuil d'accès », destinées à permettre le sauvetage d'entreprises ou à permettre au moins aux entreprises de cesser leur activité d'une façon moins douloureuse<sup>23</sup>. Elles sont qualifiées de cette façon pour deux raisons : parce que les dirigeants d'une entreprise peuvent se contenter, pour les engager, d'établir l'insolvabilité de leur firme (ou, parfois, son risque d'insolvabilité, voire une simple menace de problème pesant sur l'entreprise), ainsi que ses chances de survie, sans avoir à donner aux créanciers la garantie de paiement immédiat (de 25 à 40 %) qui est une disposition type de bien des concordats traditionnels ; et parce que les sursis d'exécution opposés aux créanciers peuvent être plus conséquents que ceux imposés dans les procédures de liquidation, afin de préserver l'entreprise et de lui permettre d'être cédée comme entreprise viable.
155. Les procédures de sauvetage, à la différence des liquidations, sont de plus en plus utilisées dans beaucoup de juridictions. Mais si les premières sont identiques aux secondes dans certaines juridictions, elles sont, dans d'autres, extrêmement différentes. Deux éléments se dégagent de toute cette confusion. Premièrement, la plupart des juridictions qui emploient le terme de sauvetage ont connu, dans un passé assez récent, des réformes législatives ainsi qu'un processus de développement de leur législation en matière d'insolvabilité. Cette évolution s'est focalisée sur les entreprises de nature juridique diverse. Il s'agit, en l'occurrence, de « marchands » ou de « négociants » au sens moderne, dont les lois mises en place ont pour but d'encourager la survie plutôt que d'entraîner la disparition. Le désir actuel d'incorporer une procédure de sauvetage des entreprises dans les lois sur l'insolvabilité découle de la nécessité d'apporter une réponse à des attentes aussi bien économiques que commerciales.

---

<sup>23</sup> On peut citer à titre d'exemples : « Chapter 11 » (États-Unis), « administration » (Royaume-Uni), redressement judiciaire (France), « examinership » (Irlande), administration extraordinaire pour les grandes entreprises (Italie), « judicial management » (Singapour), réorganisation commerciale (Canada), « voluntary administration » et « deed of company arrangement » (Australie) ; ou encore, la législation bien nommée sur les entreprises « malades », en Inde ; et les procédures du même ordre introduites dans bien d'autres pays, tels l'Allemagne, la Belgique, la Finlande, la République slovaque, la République tchèque, la Russie, la Suède ou la Thaïlande. Presque tous ces dispositifs ont vu le jour au cours des 20 dernières années, les rares exceptions incluant, par exemple, le système de suspension de paiements en Espagne (1922) et la législation japonaise sur le redressement des entreprises (1952), inspirée de la « Chandler Act » des États-Unis (1938).

156. Deuxièmement, rares sont les juridictions susmentionnées qui classent leurs nouvelles règles juridiques sous la rubrique officielle de sauvetage. Une diversité de termes est plutôt utilisée : réorganisation, redressement, restructuration, concordat, administration, accord avec les créanciers, réconciliation, et même fusion ou acquisition. À cette liste d'intitulés, il conviendrait d'ajouter la notion informelle d'« arrangement », qui a également acquis le statut de méthode de sauvetage des entreprises. Cette formule est employée en dehors des procédures formelles de sauvetage et, dans certains cas, en raison de l'absence de procédures de ce type. Chacun des intitulés formels utilisés pour décrire les procédures de sauvetage décrit un régime légal qui diffère à certains égards importants de la liquidation stricto sensu. Qui plus est, lorsqu'ils sont différenciés des procédures de liquidation, les régimes de ce type peuvent fournir de meilleurs résultats, d'un point de vue économique, pour l'administration des sociétés insolubles concernées. Tout cela découle de l'amalgame qui est de plus en plus fait entre les considérations juridiques et économiques du moment dans les législations en matière d'insolvabilité.
157. Cela dit, la distinction entre la notion traditionnelle de liquidation et celle de sauvetage d'entreprise a tendance à s'estomper lorsque la recherche d'une valeur maximale est l'objectif primordial. Par exemple, si une loi sur les faillites ou les liquidations peut avoir pour effet de préserver et, éventuellement, d'accroître la valeur des avoirs d'une société insoluble, ne serait-ce que dans le contexte du transfert de la société en question sous le contrôle d'une autre entité (comme, par exemple, dans le cadre de la procédure anglaise dite de « hive-down »), les procédures en question sembleraient devoir relever de la notion de sauvetage. De ce point de vue, un sauvetage ne signifie pas nécessairement qu'une société insoluble soit totalement rétablie ou que les principales parties prenantes (créanciers et propriétaires) finissent par se retrouver dans la situation juridique qui était la leur avant la procédure d'insolvabilité. Ce que les régimes de sauvetage d'entreprises semblent plutôt mettre en évidence, c'est que, par l'application de techniques et mécanismes divers (mettant en jeu quelque chose d'autre que les méthodes de liquidation traditionnelles), l'opération peut générer plus de valeur que ne le ferait la cession des actifs de la société considérée dans le cadre d'une liquidation de type standard. Il convient de souligner que le fait pour les politiques d'évoluer dans le sens des sauvetages d'entreprises n'implique aucunement que toute entreprise se prête à cette formule. Celles qui sont dans un état tel qu'un sauvetage est impossible, ou auxquelles il faut mettre fin, doivent être liquidées d'une manière rapide et efficace.
158. Un trait commun aux différents régimes est qu'ils offrent, par une procédure formelle, la possibilité de rationaliser les activités et les affaires financières d'une entreprise. Cela suggère que la procédure de sauvetage doit principalement avoir pour objet de préserver les activités rémunératrices de l'entreprise et de réduire, rééchelonner ou éteindre ses dettes en fonction de ses capacités. Mais cela n'implique pas nécessairement que l'entreprise doive être préservée et laissée intacte. L'objectif global est d'établir un environnement de nature à permettre la réalisation du type de visée sur lequel la pensée économique contemporaine et les attentes commerciales semblent s'accorder. Cela pourrait éventuellement permettre aussi, de manière incidente, une certaine protection pour des intérêts plus larges tels que les droits des employés, la préservation de débouchés pour les fournisseurs, etc. Considéré sous cet angle, un sauvetage d'entreprise peut encore aboutir, en tout ou partie, aux résultats suivants :
- La liquidation ou la cession de l'intégralité ou d'une partie des avoirs de l'entreprise à des tierces parties, y compris des entreprises à but lucratif — étant entendu que le régime des sauvetages institue un marché plus approprié pour ce qui est de tirer la valeur optimale des avoirs en questions.
  - À terme, la cessation des activités de l'entreprise, qui pourra prendre la forme d'une liquidation ultérieure de celle-ci.

- L'annulation totale des droits de propriété sur le capital de la société. Ceux-ci doivent être subordonnés à ceux des créanciers, à moins que les propriétaires soient prêts, pour permettre la sauvegarde des droits qu'ils détiennent dans l'entreprise, à faire une injection de capital supplémentaire ou à recourir au financement par l'emprunt.
- Le retrait des pouvoirs de la direction de l'entreprise, et l'éventuel remplacement ou limogeage d'une partie ou de l'ensemble de ses membres.
- L'abrogation des droits de diverses catégories de créanciers — en particulier ceux qui détiennent une sûreté sur les biens de la société — qui ont pu être suspendus ou restreints du fait de la procédure de sauvetage officielle.
- Un concordat ou un accord de remise de dette à l'égard des créanciers. Même les sauvetages d'entreprises pouvant être qualifiés de concluants se traduiront rarement par un remboursement intégral des créances. Ils risquent plutôt d'aboutir au transfert des droits de propriété de l'entreprise entre les précédents détenteurs des avoirs et les créanciers.

159. **Principe 17 : Éléments à incorporer à la législation sur le redressement des entreprises.**

*Pour être efficace sur les plans commercial et économique, la loi doit fixer des procédures de redressement qui permettent d'agir rapidement et facilement, offrent une protection suffisante à toutes les parties au processus, mettent en place une structure autorisant la négociation d'un plan commercial, permettent à la majorité des créanciers favorables à un plan ou à une autre démarche de lier tous les autres créanciers par l'exercice démocratique du droit de vote (étant entendu que les créanciers minoritaires doivent bénéficier des protections appropriées et que les droits spécifiques doivent être protégés) et prévoient une surveillance judiciaire ou autre afin que le processus ne donne pas lieu à des manipulations ou des abus.* Les procédures modernes de sauvetage visent généralement à satisfaire toute une série d'attentes commerciales sur des marchés dynamiques. Compte tenu de la disparité des régimes juridiques et des systèmes commerciaux en place, les législations en question n'obéissent peut-être pas à des modèles précis. Néanmoins, les éléments qui font l'objet du présent principe ont trait aux différentes étapes des procédures de sauvetage qui peuvent être considérées comme des normes standard des systèmes actuels. Les autres éléments essentiels des procédures modernes sont : la possibilité pour une entreprise en situation financière difficile, qu'elle soit motivée par le risque de sanction à laquelle elle s'expose ou encouragée par les avantages qu'elle peut envisager, d'engager ce type de procédure avant qu'il ne soit trop tard ; les restrictions imposées aux interventions des créanciers (garantis ou autres) déterminés à faire valoir leurs droits sur les biens de la société aux dépens de la procédure de sauvetage ; et la transparence qu'elles offrent, c'est-à-dire la possibilité pour les créanciers d'avoir accès à l'information et de se faire entendre sur les points qui représentent pour eux un enjeu financier. Comme on l'a vu plus haut, l'accès aux informations confidentielles peut être réglementé par un engagement de confidentialité entre l'entreprise et le comité des créanciers et/ou le contrôleur indépendant. La procédure doit se prêter à une solution rapide et ne pas être sujette à des retards ou susceptible d'occasionner des délais prolongés ou incontrôlés pour l'exécution de ses phases essentielles.

160. Bien que les procédures de redressement soient pour l'essentiel analogues à celles décrites à la section 3.2, elles présentent certains aspects uniques qui méritent d'être soigneusement pris en compte : par exemple, les mesures prises pour stabiliser les activités de l'entreprise (y compris leur financement) ; le rôle important joué par l'information, en termes d'accès et de diffusion ; la formulation, l'évaluation, l'approbation et la mise en œuvre du plan de sauvetage ; et l'importance de la décharge.

161. Des règles détaillées doivent être établies pour le bon déroulement de la procédure de redressement. S'il importe que le processus soit administré de manière rationnelle pour maximiser la valeur des actifs recouvrés, le facteur temps est la considération essentielle dans ce type de procédure. Des délais courts et relativement stricts doivent être fixés pour faire en

sorte qu'elle se déroule sans retard. Les décisions relatives au fonctionnement de l'entreprise ou autorisant des ventes et autres transactions doivent intervenir, autant que possible, « en temps réel » pour éviter que ses activités ne soient perturbées, ce qui lui ferait encore perdre du terrain et des clients. De même, les différends majeurs entre parties doivent être résolus le plus rapidement possible, surtout s'ils menacent de suspendre les activités de l'entreprise ou l'utilisation de ses actifs. Le tribunal ou l'instance responsable de la procédure doit veiller à ce que les règles et les délais fixés dans un souci d'efficacité soient strictement appliqués, et n'accorder des reports ou prorogations que pour des motifs appropriés. Par ailleurs, la procédure doit faire en sorte que les parties soient traitées d'une manière juste et équitable.

162. **Principe 18 : Stabiliser et maintenir l'activité de l'entreprise.** *La loi doit prévoir une forme commercialement viable de financement prioritaire des besoins opérationnels courants et urgents du débiteur pendant le processus de sauvetage, sous réserve des mesures de sauvegarde appropriées.* L'un des principaux problèmes inhérents aux procédures de sauvetage est que, dans bien des cas, le débiteur a un besoin urgent de liquidités pour se procurer contre paiement les fournitures et services essentiels devant lui permettre de maintenir son activité. S'il existe réellement des possibilités de sauvetage de l'entreprise, son financement régulier sera souvent capital, mais les législations sur l'insolvabilité n'ont rien prévu pour répondre à ce besoin, même dans certains pays développés. Les lois en la matière peuvent et doivent tenter de remédier à cette situation en donnant à l'entreprise concernée le pouvoir d'utiliser des liquidités existantes susceptibles d'être mises en gage ou de servir de sûreté, ou encore d'obtenir de l'argent frais tout en fournissant les assurances et garanties voulues quant au remboursement futur de ces fonds. Elles peuvent le faire d'un certain nombre de façons, comme par exemple en autorisant ce type de financement après en avoir explicitement reconnu la nécessité, et en accordant un rang prioritaire au remboursement de ces fonds en faveur du fournisseur. Lorsque des liquidités ou le produit d'un nantissement doivent être utilisés, un privilège de substitution ou un nantissement supplémentaire pourra être fourni pour garantir ce remboursement. Dans bien des cas, ces protections ne suffiront pas en elles-mêmes, et seront complétées par des mesures restreignant l'emploi des fonds.
163. Il existe différents types de priorités, et il vaut mieux faire preuve de souplesse dans l'approche suivie sur un plan pratique. Dans certains systèmes, par exemple, les parties qui prêtent des fonds à l'entreprise concernée après le lancement de la procédure ont droit à un rang prioritaire sur tous les autres créanciers pour le remboursement de leur prêt. Cela crée, de fait, une surcharge sur l'ensemble de la masse des biens. Une autre forme de priorité accordée aux parties qui font des avances de fonds ou de fournitures est la priorité administrative, qui donne droit à remboursement de préférence aux créanciers non garantis mais pas aux créanciers garantis pour ce qui est de leur nantissement. Il existe en outre une solution intermédiaire, qui permet aux prêteurs et à ceux qui avancent des fournitures de disposer d'une sûreté réelle sur les biens garantis et non garantis du débiteur. Dans certains cas, une sûreté réelle de rang supérieur ou prioritaire peut être accordée à titre exceptionnel. Certains pays autorisent toutes ces options en vue de répondre aux besoins uniques et particuliers de situations données. De la même manière, le Principe 18 permet un financement prioritaire sur une base souple, selon ce qui est jugé approprié pour tel ou tel marché. Dans ce contexte, si un tribunal décide qu'un financement prioritaire mettant en jeu un nantissement est de l'intérêt même des créanciers et ne porte pas préjudice aux créanciers garantis qui ont une sûreté en nantissement, il devra être en mesure d'approuver le financement en question. Toutefois, si tant est que la solution ainsi élaborée a une incidence sur les droits des créanciers garantis ou de ceux qui détiennent un intérêt antérieur sur les biens de la société considérée, le Principe 18 devra être interprété à la lumière des dispositions d'ordre général avalisant les opérations commerciales et de la règle de protection appropriée énoncée au Principe 16. Il convient de procéder avec prudence dans ce domaine.

164. **Principe 19 : Publicité de l'information.** *La loi doit exiger du débiteur qu'il divulgue des informations pertinentes sur ses activités et sa situation financière, dans un degré de détail suffisant pour permettre au tribunal, aux créanciers et aux parties concernées d'évaluer d'une manière raisonnable ses perspectives de redressement. Elle doit aussi exiger que ces informations soient commentées et analysées par des experts indépendants. Les administrateurs d'une société débitrice doivent être tenus d'assister aux réunions de créanciers. Il convient de prévoir la mise en examen éventuelle des administrateurs et autres personnes au courant des affaires du débiteur, qui peuvent être mis en demeure de fournir des informations au tribunal et à l'administrateur.* La publication d'une série fondamentale de données, comprenant notamment les états financiers, les comptes d'exploitation générale et les tableaux de financement détaillés, est une condition préalable à une bonne évaluation des risques. Lorsqu'il s'agit de déterminer laquelle des deux options, réorganisation ou liquidation, offre le plus de rentabilité à plus bref délai pour les créanciers, des facteurs de base entrent en ligne de compte. Il appartient à l'administrateur et aux créanciers d'établir : 1) quels sont les besoins de liquidité immédiats de la société, et s'il est prudent de lui fournir de l'argent frais ; 2) quelles sont ses perspectives commerciales, et si elle est viable à long terme ; et 3) si ses dirigeants ont les qualifications voulues pour rester à sa tête. L'évaluation de la viabilité à long terme d'une société impliquera, dans bien des cas, l'élaboration d'un plan d'entreprise basé sur des données historiques comparables.
165. Le facteur temps est essentiel et la célérité primordiale dans les sauvetages d'entreprises, lesquels exigent des décisions et des mesures rapides avant que les biens ne perdent de leur valeur. Quoique tout ce qui incite à la collecte et à la diffusion de l'information soit quelque peu intangible, toutes les parties — prêteurs, dirigeants, tribunaux, séquestres/administrateurs — ont besoin d'une information qui soit complète, exacte et fiable, fournie en temps voulu et à intervalles réguliers, et suffisamment complète pour se prêter à l'analyse des créanciers et des parties intéressées. La loi doit spécifier dans ses grandes lignes la teneur de cette information, et stipuler également quand et comment sa divulgation doit se faire. En règle générale, l'information doit être fournie par les dirigeants de l'entreprise et d'autres tierces parties concernées. Des dispositions pourront être nécessaires pour assurer la protection des données confidentielles (telles que les secrets de fabrique). Outre la fourniture du type d'information mentionné plus haut, un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise débitrice devront être dépêchés et tenus d'assister à une réunion majeure (éventuellement la réunion initiale) des créanciers, et répondre à des questions. Dans les cas où l'information n'est pas divulguée, une sorte d'« examen public » des cadres, dirigeants et autres personnes pourra s'avérer nécessaire pour forcer ceux-ci à fournir les renseignements pertinents.
166. Certaines juridictions ont mis en place des règles de divulgation qui vont jusqu'à établir des barèmes standardisés qui doivent être remplis par l'entreprise débitrice ou ses dirigeants (des sanctions étant prévues en cas d'informations fausses ou trompeuses), ou par une personne indépendante ou un administrateur. S'il est proposé que l'entreprise débitrice reste en activité, les données importantes comprendront les projections relatives aux profits et pertes, les flux de trésorerie, le marketing de l'entreprise, les tendances dans son domaine d'activités et autres informations ayant une incidence sur la faisabilité d'une opération de sauvetage concluante, et non pas de simples indications sur ses possibilités. Les hypothèses de recettes et de croissances doivent être examinées avec soin. Bien que l'on puisse ne pas juger nécessaire pour la loi de s'immiscer dans ces domaines et en traiter de manière exhaustive, il peut être utile, dans les pays qui n'ont guère d'expérience des techniques de sauvetage de type formel (ou informel), de préciser les choses à cet égard.
167. Au rang des autres informations présentant un intérêt figurent les raisons des difficultés financières de l'entreprise débitrice et un tour d'horizon des transactions qui peuvent être

ignorées au titre des clauses résolutoires de la législation sur l'insolvabilité. La fourniture et l'analyse des données ne doivent pas être laissées au seul débiteur, mais doivent être exigées de l'administrateur et du comité des créanciers. Il est donc important de prévoir la nomination d'une personne indépendante pour passer en revue les informations en question ou formuler des commentaires à leur égard.

168. **Principe 20 : Plan : formulation, examen et vote.** *Formulation : la loi ne doit pas stipuler la nature du plan, si ce n'est pour fixer les obligations fondamentales et pour prévenir les abus commerciaux.* Trois grandes questions se posent dans le contexte de la formulation du plan : de quelle nature ou forme doit être ce plan, qui doit le concevoir, et quelles opinions ou observations doivent l'accompagner. Du point de vue des créanciers, les montants distribués dans le cadre de la procédure de redressement doivent être supérieurs à ceux qu'ils auraient obtenus au titre de la liquidation, la valeur de continuation de l'entreprise viable étant plus élevée (par rapport à ce qu'elle serait en cas de liquidation). Compte tenu de la diversité des intérêts en jeu, les parties peuvent chacune avoir des objectifs différents dans le contexte d'un effort de redressement (par exemple, maintien des relations d'affaires avec un gros client ou fournisseur ou, au contraire, remboursement rapide), ainsi que des niveaux différents de tolérance aux risques. Certains créanciers pourront préférer prendre une participation au capital de l'entreprise, d'autres non. Du point de vue du débiteur, convenir d'un plan avec les créanciers suppose que des prévisions raisonnables puissent être faites sur les flux de trésorerie futurs qui permettront les paiements au titre du plan. L'établissement de projections de ce type sur la durée de vie du plan part d'un certain nombre d'hypothèses économiques et commerciales qui sont parfois difficiles à quantifier, aboutissant dans bien des cas à ce que la valeur attribuée à l'entreprise s'établisse dans une fourchette. Dans ces conditions, il existe généralement toute une série d'options, et tout l'art de ce processus consiste à trouver celle sur laquelle la majorité des créanciers se mettront d'accord. En présence de nombreuses options possibles, il n'appartient pas à la loi de dicter la nature ou la forme d'un plan. Par exemple, elle ne doit pas limiter le choix aux seuls plans destinés à assurer le redressement complet du débiteur, ni disposer que les créances ne peuvent pas être annulées ou qu'un montant minimum doit, à terme, être versé aux créanciers. Bref, la loi doit laisser le marché déterminer la solution appropriée sur le plan commercial.

169. Il y a des aspects dont la loi doit traiter (par exemple, le rang de priorité accordé à telle ou telle catégorie de créancier). Dans le même ordre d'idées, le plan doit d'emblée révéler la façon dont il est censé être appliqué pour parvenir aux objectifs qu'il s'est fixé, que ce soit par un processus de redressement ou par d'autres moyens. Bien qu'il soit souhaitable d'adopter une approche « de minimus » permettant un certain nombre d'issues possibles, les solutions types englobent généralement un simple concordat (accord sur le versement aux créanciers d'un montant égal à un certain pourcentage de leur créance), le maintien en activité de l'entreprise et, à terme, sa vente en tant qu'entreprise viable (la liquidation du débiteur étant alors prononcée), une restructuration de la dette et des capitaux propres sous une forme ou une autre, etc. Le régime légal doit autoriser les échanges de créances contre actifs, qui permettent de transférer la propriété de l'entreprise aux créanciers et peuvent encourager la création d'un marché secondaire pour les créances en difficulté.

170. Quant à savoir qui doit concevoir un tel plan, cela est généralement dicté par les réalités commerciales, d'après lesquelles un certain nombre de groupes ont des droits acquis ou des intérêts financiers et joueront probablement un rôle à cet égard. Il est certain que les dirigeants d'une entreprise débitrice (et/ou ses propriétaires) ont un rôle majeur à jouer — peut-être même le principal rôle — dans la négociation et la conception d'un plan. Il faut aussi s'attendre à ce que des conseillers indépendants fassent des observations sur le plan qui sera proposé. Les principaux créanciers sont généralement associés de près aux négociations concernant les

points de détail relatifs au traitement de leurs créances et autres aspects importants concernant la restructuration de l'entreprise (cessions d'actifs, changements au niveau de la direction, etc.). De même, le comité des créanciers, au même titre que les autres parties essentielles, doit jouer un rôle important dans les négociations relatives au plan. Il n'appartient pas à la loi de régenter outre mesure le processus de négociation. Mais il est souhaitable, dans un souci de certitude et d'efficacité, que certaines dispositions soient énoncées et qu'un délai précis soit fixé pour la soumission d'un plan. Indépendamment de savoir qui participe au processus, les créanciers doivent être autorisés à proposer un plan.

171. *Examen du plan.* L'issue du plan dépend de la question de savoir s'il est réalisable — si, sachant ce qu'on sait et ce qu'on peut raisonnablement supposer, le plan et l'entreprise débitrice concernée ont plus de chances d'arriver à leurs fins que l'inverse. Le remboursement des créances au titre du plan étant fonction de la réussite ou de l'échec de ce dernier, il importe qu'il soit réalisable. S'il repose sur des hypothèses erronées ou si la restructuration de l'entreprise est incomplète, laissant celle-ci dans une situation de surendettement, les créanciers sont habilités à tenir compte de ces faits pour décider de voter ou non en faveur du plan. Il vaut mieux laisser à des professionnels qualifiés le soin de déterminer la faisabilité du plan, lesdits professionnels devant être tenus de rendre compte aux créanciers (et au tribunal), afin de leur permettre d'évaluer d'une manière juste et raisonnable la façon dont le plan envisagé traite leurs créances. Une évaluation indépendante du plan ou un avis objectif d'un conseiller indépendant présente l'avantage de fournir un point de vue crédible et impartial. Le comité des créanciers et les autres grands créanciers doivent être autorisés à se faire leur propre opinion sur la faisabilité d'un plan et habilités à faire part de leurs préoccupations, à soulever des questions ou à émettre des objections s'ils ne sont pas d'accord avec les conclusions formulées dans le plan lui-même ou dans l'avis indépendant. Le tribunal pourra alors prendre ces points en compte, au même titre que toutes les autres pièces qui lui auront été soumises.
172. *Classification et vote.* La loi peut établir des classes de créanciers aux fins de l'exercice du droit de vote. Le nombre de voix doit être fonction du montant de la dette. Pour qu'un plan soit approuvé, une majorité appropriée des créanciers sera requise. Des dispositions spéciales seront prises pour limiter le nombre de voix des initiés. Un vote majoritaire aura force obligatoire pour tous les créanciers. Les trois questions majeures qui se posent au sujet du droit de vote sont de savoir s'il doit y avoir des classes ou catégories de créanciers, quels doivent être les droits et pouvoirs en la matière, et quel effet un vote majoritaire doit avoir. Il est bon de prévoir des catégories de créanciers lorsqu'il existe des intérêts juridiques divergents qui doivent être traités d'une manière différente, quoique certaines juridictions semblent fonctionner tout à fait bien sans être dotées dans ce domaine de dispositifs très complets, détaillés ou sophistiqués (c'est, par exemple, le cas de l'Australie). Dans les systèmes juridiques favorables à l'établissement de catégories de créances, les règles régissant ce classement doivent être clairement définies et conçues de manière à éviter tout abus. Une classification des créances a principalement pour but d'appliquer la règle selon laquelle les créanciers doivent être traités d'une manière juste et équitable, les créances de rang analogues recevant alors le même traitement. Elle permet également de veiller plus facilement à ce que les créances ayant un rang prioritaire ou préférentiel (par exemple, les créances administratives ou garanties) soient traitées selon l'ordre de priorité fixé aux termes de la loi. Dans certains cas, il est également plus facile, grâce à la classification, de régler la situation des gros créanciers qui ont choisi d'être traités différemment des créanciers non garantis, lorsque ce type de traitement est nécessaire à la faisabilité du plan ; le traitement alors accordé à ces créanciers est en général assorti de conditions moins favorables que celui réservé aux autres créanciers dans une situation analogue. Enfin, il peut y avoir moyen, par ce biais, de contourner le vote d'une

catégorie de créanciers qui s'opposent au plan, lorsque cette catégorie est par ailleurs traitée d'une manière juste et équitable<sup>24</sup>.

173. Il convient de simplifier les droits de vote, en basant le vote sur le montant de la dette plutôt que sur le nombre de créanciers et en exigeant une majorité appropriée pour l'approbation du plan. La plupart des législations exigent une majorité qualifiée (60 à 66 %, par exemple) et font procéder au vote en masse ou par catégorie de créanciers. Dans le dernier cas, la majorité requise peut être établie catégorie par catégorie. Certains pays utilisent un système hybride : pour être approuvé, le plan doit être accepté à une majorité requise par rapport au nombre total de créanciers figurant dans la catégorie considérée et à une majorité qualifiée par rapport au montant total de la dette due à cette catégorie. Si l'une ou l'autre de ces majorités n'est pas obtenue, le plan ne sera pas approuvé par la catégorie en question. Des dispositions particulières doivent être prises pour restreindre ou limiter les droits de vote et pouvoirs des « initiés ». L'approbation d'un plan doit avoir force obligatoire pour l'ensemble des créanciers. Dans le même ordre d'idées, si une majorité n'est pas obtenue en faveur d'un plan de redressement, la procédure devra alors se transformer en procédure de liquidation. Cela dit, il doit toujours être possible pour une majorité de créanciers de se prononcer par vote pour l'ajournement de la réunion de décision s'il apparaît qu'une poursuite des négociations au sujet du plan est susceptible d'aboutir à une issue favorable. Mais comme pour les autres aspects de la procédure, un seul ajournement de ce type doit être admis, et des délais stricts doivent s'appliquer. En règle générale, les ajournements pour motifs valables doivent être autorisés, quoiqu'on puisse envisager d'instituer un mécanisme d'appel ou d'autres moyens de contrôle pour prévenir tout abus.

174. **Principe 21 : Approbation du plan.** *La loi doit fixer des critères clairs pour l'approbation du plan, notamment l'égalité de traitement des créanciers de même catégorie, la reconnaissance des priorités relatives et l'adoption à la majorité des voix. La loi doit aussi prévoir la possibilité d'approuver le plan même s'il est rejeté par les créanciers minoritaires, à condition qu'il soit juste et offre aux créanciers ou classes opposés un montant égal ou supérieur à ce qu'ils recevraient en cas de liquidation.* L'approbation d'un plan de redressement se fait en deux étapes. La première consiste à faire approuver le plan par une majorité de créanciers réunis pour l'occasion. L'approbation par le tribunal constitue la seconde. Une ordonnance de tribunal approuvant le plan a la force obligatoire d'une injonction, qui est ce dont l'ensemble des parties a besoin pour s'assurer des droits et recours juridiques nouvellement formés des créanciers qui traitent avec l'entreprise, y compris les créanciers minoritaires qui n'ont pas voté en faveur du plan mais qui sont liés par ses dispositions. Le rôle joué par le tribunal à la seconde étape est limité. Il ne consiste pas à déterminer si le plan est commercialement viable ou si un autre plan serait préférable pour les créanciers, mais plutôt à s'assurer que la décision prise par les créanciers l'a été de manière appropriée et que les conditions préalables à remplir l'ont également été, et à enquêter sur les allégations de collusion ou de fraude de la part de créanciers ou entre l'administrateur et les créanciers. Comme il peut arriver qu'un plan soit accepté par une ou plusieurs catégories de créanciers et rejeté par d'autres, il faut s'attacher à concevoir une législation qui permette à des entreprises viables d'être remises à flot si cela ne porte pas préjudice aux droits et intérêts des créanciers. Les

---

<sup>24</sup> Ce type de situation, pour lequel a été inventée l'expression « clause de cram-down » (clause d'adhésion forcée) en raison de ses effets, permet à un tribunal de décider qu'une catégorie de créanciers opposée au plan doit être contrainte de l'accepter lorsque cette catégorie est censée être remboursée dans des conditions strictement conformes à son rang et doit recevoir, au titre du plan, des montants égaux ou supérieurs à ceux qu'elle percevrait dans le cadre d'une procédure de liquidation. La raison d'être de cette clause est que des créanciers ne peuvent prétendre être lésés si le montant qu'ils perçoivent est au moins aussi correct que celui qu'ils recevraient s'ils parvenaient à leurs fins en obtenant la liquidation de l'entreprise débitrice.

dispositions consistant à forcer certaines catégories de créanciers à accepter le plan même quand le seuil minimum d'approbation pour une catégorie n'a pas été atteint sont conçues raisonnablement dans le sens des objectifs visés par la procédure de redressement.

175. *La loi doit prévoir le report éventuel d'une réunion de décision sur le plan, mais dans des délais stricts. Si un plan n'est pas approuvé, le débiteur doit automatiquement être liquidé.* Dans certains cas, la situation peut justifier un bref ajournement de la réunion de décision sur le plan, soit pour permettre la divulgation d'informations supplémentaires, soit pour régler des différends ou des questions en suspens. La durée de ces ajournements doit être limitée autant que possible afin de favoriser un règlement rapide. Si le plan n'est pas approuvé, un tribunal ordonnera en principe la liquidation de l'entreprise concernée.
176. **Principe 22 : Plan : mise en œuvre et modification.** *La loi doit prévoir un moyen de contrôler la bonne exécution du plan et demander au débiteur de faire périodiquement rapport au tribunal sur l'avancement de l'exécution et les progrès réalisés pendant la période du plan. Le plan doit pouvoir être modifié, par un vote des créanciers, si cela est dans l'intérêt des créanciers. La loi doit prévoir l'abandon éventuel du plan et la liquidation du débiteur.* Dans la plupart des cas, la mise en œuvre d'un plan ne nécessitera guère d'interventions supplémentaires, mais il pourra parfois s'avérer nécessaire de la faire superviser ou contrôler par une personne indépendante. Dans la majorité des systèmes, le tribunal continue d'avoir compétence sur le dossier ou vis-à-vis de l'entreprise en attendant l'exécution complète ou substantielle du plan. C'est là un élément capital dans les cas où peuvent surgir des questions d'interprétation au sujet des agissements ou des obligations du débiteur ou d'autres entités.
177. Un point qui revêt plus d'importance est de savoir ce qui arrive si la mise en œuvre du plan s'interrompt ou si il s'avère que les résultats visés ne pourront être atteints. Beaucoup de juridictions prévoient la possibilité de modifier un plan s'il en va de l'intérêt des créanciers. Il n'est pas rare que des entreprises réorganisées aient besoin d'une réorganisation supplémentaire en dépit du soin apporté dans le plan aux considérations de faisabilité. En pareil cas, la plupart des parties concernées sont les mêmes. Au lieu d'appliquer les mêmes règles strictes de seuil minimum pour l'accès au système, on peut avoir plus intérêt à permettre au tribunal ou à l'entité responsable de reconsidérer le dossier en appliquant des normes d'accès moins draconiennes. Mais si un plan devient impossible à mettre en œuvre (par exemple, en cas de défaillance du débiteur), la législation devra prévoir des dispositions pour qu'il y soit mis fin et pour que le débiteur soit liquidé.
178. **Principe 23 : Plan : décharge et force obligatoire.** *Pour donner à l'entreprise faisant l'objet du redressement les meilleures chances de réussite, la loi doit prévoir la décharge ou la modification de la dette et des créances qui ont été acquittées ou modifiées d'une autre façon en vertu du plan. Lorsque le plan a été approuvé à la suite de manœuvres frauduleuses, le plan doit être remis en cause, réexaminé ou abandonné.* Ce principe recouvre deux aspects importants. Le premier va dans le sens de l'impératif de certitude commerciale en donnant force obligatoire à la remise, l'annulation ou la modification des dettes conformément au plan approuvé. Ce principe revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de veiller à ce que les dispositions du plan soient respectées par les créanciers qui ont rejeté celui-ci et par ceux qui n'ont pas pris part à la procédure. Il permet en outre aux autres prêteurs et investisseurs d'avoir la certitude de ne pas se trouver engagés dans des procédures qu'ils n'avaient pas prévues ou devoir être en concurrence avec des créances cachées ou non divulguées. La décharge établit ainsi, sans équivoque aucune, que le plan rétablit pleinement les droits juridiques des créanciers.
179. Le second aspect dont il est ici question a trait aux cas dans lesquels l'approbation du plan a été obtenue par des manœuvres frauduleuses et les créanciers n'auraient pas voté en faveur du

plan s'il n'y avait pas eu de fraude à leur rencontre. Ce principe est conforme aux règles fondamentales du droit des contrats selon lesquelles les contrats conclus de manière frauduleuse sont susceptibles d'annulation. Il peut arriver que le niveau de fraude n'ait pas une incidence fondamentale en termes de modification des droits ou décisions des créanciers, auquel cas les tribunaux devront être habilités à prendre en compte ces questions avant d'abandonner le plan.

180. **Principe 24 : Considérations internationales.** *Les procédures d'insolvabilité peuvent présenter des aspects internationaux et les lois sur l'insolvabilité doivent prévoir des règles relatives à la juridiction, à la reconnaissance des jugements des tribunaux étrangers, à la coopération et à l'assistance entre tribunaux de différents pays et au choix du droit.* Une législation sur l'insolvabilité doit prévoir en particulier :

- des dispositions pour que les administrateurs d'insolvabilité étrangère aient directement accès aux tribunaux et autres autorités pertinentes ;
- un processus clair et rapide pour faire reconnaître les procédures d'insolvabilité étrangère engagées conformément aux normes de juridiction internationalement reconnues ;
- un moratoire ou sursis, dès que possible, dans tous les pays où le débiteur détient des avoirs ;
- l'application du principe de non-discrimination entre créanciers, quels que soient la nationalité, la résidence ou le domicile des parties concernées<sup>25</sup> ;
- l'obligation pour les tribunaux et les administrateurs de coopérer dans le cadre des procédures d'insolvabilité internationale, dans le but de maximiser la valeur de l'actif global du débiteur, de protéger les droits de celui-ci ainsi que des créanciers et de favoriser la conduite des procédures dans de bonnes conditions d'équité.

Pour atteindre ces objectifs, le moyen le plus rapide et efficace consiste à appliquer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

181. Le phénomène de l'insolvabilité internationale, qui est lié au fait que la dispersion des avoirs et activités d'un débiteur se traduit par une multiplicité de droits et de créances mettant en jeu l'éventuelle application de plusieurs régimes juridiques, existe depuis que les sociétés humaines autorisent la mobilité et les échanges. La diversité qui existe au niveau des législations nationales — tant sur les points de détail que du point de vue de l'approche fondamentale de l'insolvabilité — rend essentielle une prise en compte de cette question dans sa dimension internationale. Avec la mondialisation des échanges, les cas d'insolvabilité internationale se sont multipliés. Qui plus est, l'ampleur et la complexité de ces cas peuvent être suffisamment conséquents pour amener les pouvoirs publics à se préoccuper de la démarche à suivre dans l'intérêt d'une solution juste et efficace aux problèmes soulevés. Ce facteur est à l'origine d'une accélération des efforts menés au plan régional pour traiter de l'insolvabilité internationale, ainsi que d'initiatives destinées à dégager une approche globale des mêmes problèmes. À titre d'exemple d'initiative régionale, on peut citer le Règlement relatif aux procédures d'insolvabilité, qui a été adopté par le Conseil des ministres de l'Union européenne en 2000 et qui doit entrer en vigueur dans les États membres de l'UE en mai 2002.

### 3.4 Arrangements Informels Et Restructurations D'entreprises (Principes 25-26)

182. **Principe 25 : Cadre législatif habilitant.** *Les plans de sauvetage informels et les restructurations doivent être facilités par un cadre législatif qui encourage les participants à*

---

<sup>25</sup> Le principe de non-discrimination n'oblige pas nécessairement les États à accorder le même statut aux créances fiscales ou publiques étrangères ; des dispositions différentes sont également admissibles pour la notification individuelle de parties étrangères, l'objectif étant de faire en sorte qu'elles soient en mesure d'exercer leurs droits d'une manière effective.

*s'entendre pour rétablir la viabilité financière d'une entreprise. Un cadre porteur comporte des lois et des procédures exigeant la diffusion en temps utile d'informations financières sûres et exactes sur l'entreprise en difficulté, ou la possibilité d'accéder facilement à ces informations ; encourageant l'octroi de prêts aux entreprises viables ayant des difficultés financières, les investissements dans ces entreprises ou leur recapitalisation ; soutenant un large éventail d'activités de restructuration, telles que l'annulation des créances, les rééchelonnements et la conversion de dette en prises de participation ; et accordant un traitement fiscal favorable ou neutre aux restructurations.* Comme les arrangements informels sont négociés « à l'ombre de la loi », leur résolution conventionnelle nécessite des options de repli fiables faisant appel aux mécanismes juridiques en place pour l'application de ces accords à un niveau individuel et le recouvrement des créances, ou encore à des procédures d'insolvabilité de type collectif. À ce titre, le cadre le plus propice pour les arrangements informels consiste à pouvoir compter sur des régimes d'insolvabilité et d'exécution efficaces, tels qu'ils ressortent des sections qui précèdent.

183. Une autre condition dont dépend la possibilité d'entreprendre une restructuration est l'existence d'un cadre juridique dans lequel le plan de restructuration puisse s'intégrer à un niveau fondamental — par exemple, un cadre permettant les échanges de créances contre actifs, les annulations de créances bancaires et la constitution d'un nantissement. Ce cadre doit également prévoir des incitations pour amener les parties à accepter le traitement destiné à assurer la viabilité de l'entreprise restructurée (par exemple, des facilités d'ordre fiscal en échange d'annulations de créances). Les participants doivent recevoir des informations suffisantes sur les activités d'un emprunteur et les critères financiers correspondants, ainsi que sur le processus d'exécution final au plan judiciaire et autre. Dans bien des cas, les questions et problèmes que soulèvent les arrangements informels sont traités dans le contexte des cadres formels établis pour les procédures de redressement, mais négligés ou ignorés dans le contexte même de ces arrangements. Si les aspects de fond et les aspects de procédure inhérents aux législations et la façon dont se répartit le risque entre participants mettent en jeu, sur le plan des politiques à adopter, tout un éventail de choix différents, les règles en question doivent être clairement définies et uniformément appliquées afin d'encourager les arrangements conventionnels.

184. **Principe 26 : Procédures de sauvetage informelles.** *Le secteur financier (avec l'approbation et l'assistance éventuelles informelles de la banque centrale ou du ministère des Finances) doit promouvoir l'élaboration d'un code de conduite relatif aux procédures amiables à utiliser lorsque des entreprises dans lesquelles les banques et autres institutions financières ont un intérêt substantiel connaissent des difficultés financières, surtout sur les marchés dans lesquels l'insolvabilité des entreprises atteint des niveaux systémiques. Le processus informel a beaucoup plus de chances d'être durable lorsque les créanciers peuvent exercer des recours appropriés et qu'il existe une législation adéquate de l'insolvabilité. Le processus informel peut déboucher sur une opération de renflouement formel, qui doit pouvoir traiter rapidement le programme d'assainissement élaboré dans le cadre du processus informel. Le processus formel donne normalement de meilleurs résultats s'il permet aux créanciers et aux débiteurs de recourir à des techniques informelles.* Bien que la formule des sauvetages informels soit en usage depuis de nombreuses années, les procédures les plus récentes trouvent leur origine dans l'approche dite de Londres, dont la Banque d'Angleterre a été l'initiatrice à titre essentiellement informel et qui a été développée plus avant par les grandes banques commerciales du Royaume-Uni. Une approche analogue a vu le jour aux États-Unis et s'est peut-être plus affirmée encore dans les secteurs bancaire et financier et dans celui des assurances. Les raisons de l'essor de cette approche sont importantes, car elles donnent à penser que les régimes de sauvetage plus formels de l'époque actuelle ne sont peut-être pas toujours adaptés aux besoins en la matière. En octobre 2000, l'Association internationale des praticiens

de l'insolvabilité (INSOL International) a publié une « Déclaration de principes pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers », qui préconise huit pratiques optimales dans ce domaine. Il s'agit de principes fondamentaux pour les sauvetages informels impliquant de multiples créanciers, et d'un cadre de référence utile pour l'élaboration de procédures et méthodes efficaces dans ce domaine.

185. Divers éléments permettent d'expliquer la popularité des arrangements informels. La nécessité s'impose, d'une part, pour une approche plus souple et moins rigide que la procédure disponible au titre des régimes formels de sauvetage d'entreprises. Dans bien des cas d'entreprises en difficulté financière, une réponse plus immédiate et plus active s'impose de la part des principaux créanciers — banques et établissements financiers —, chose qui n'est normalement pas possible dans le cadre de régimes formels. Par ailleurs, les arrangements informels constituent un processus bien plus confidentiel et qui prête peut-être moins le flanc à une publicité et des spéculations indésirables. De plus, ils sont moins conflictuels et offrent de ce fait un meilleur contexte pour des négociations financières tant entre les créanciers et le débiteur qu'entre les créanciers eux-mêmes. Enfin, ils donnent l'image d'un processus moins déshonorant que les procédures formelles.
186. Un arrangement informel ne pourra probablement être envisagé que si un certain nombre de conditions bien définies sont réunies :
- Le débiteur doit avoir des créances d'un montant significatif envers un certain nombre de créanciers majeurs, banques ou établissements financiers.
  - Il doit être dans l'incapacité d'assurer le service de cette dette.
  - Les parties concernées doivent avoir l'impression qu'il vaut peut-être mieux négocier un arrangement en vue de régler les difficultés financières du débiteur — non seulement entre le débiteur et les créanciers, mais aussi entre les créanciers eux-mêmes.
  - Il doit exister des techniques commerciales relativement sophistiquées (refinancement, titrisation, etc.) auxquelles faire éventuellement appel pour modifier, réarranger ou restructurer les créances du débiteur ou le débiteur lui-même.
  - À titre de sanction en cas d'échec des négociations ou si le processus ne peut être engagé, il doit être possible de recourir à bref délai et de manière effective à la législation sur l'insolvabilité.
  - La perspective qui doit s'offrir à l'ensemble des parties est qu'elles peuvent avoir plus à gagner au processus de négociation qu'en recourant de façon directe et immédiate à la législation sur l'insolvabilité (en partie du fait qu'elles pourront contrôler l'issue de ce processus, et que celui-ci sera moins coûteux et pourra être mené à bien plus rapidement sans perturber le fonctionnement de l'entreprise).
  - Le débiteur ne doit pas avoir besoin d'un allègement de créances commerciales ou des avantages procurés par une procédure d'insolvabilité formelle, tels que le sursis d'exécution automatique ou la possibilité de rejeter les contrats où il y a lésion.
  - La restructuration doit faire l'objet d'un traitement fiscal favorable ou neutre dans la juridiction du débiteur aussi bien que dans celles des créanciers étrangers.
187. Pour ce qui nous concerne ici, la condition essentielle est l'existence de la sanction — « l'ombre » de la législation sur l'insolvabilité dont il a été question par ailleurs. Ce qui peut paraître paradoxal, c'est qu'en dépit de ses prétendus avantages, le processus de sauvetage informel n'aurait peut-être guère eu de chances de s'imposer si ce n'était pour les procédures d'insolvabilité formelles. Les principaux aspects de la procédure de sauvetage sont présentés dans les paragraphes qui suivent.
188. *Ouverture de la procédure.* La procédure informelle consiste pour l'essentiel à faire travailler ensemble le débiteur et les créanciers (tout au moins les principaux d'entre eux).

Quelqu'un doit en prendre l'initiative. Il n'y a pas de loi qui permette ce processus, ce qui peut poser problème. Un débiteur pourra ne pas être disposé à établir un dialogue avec ses créanciers. Parmi ceux-ci, certains pourront, par souci pour leur propre situation, ne pas vouloir de procédure conventionnelle. Il existe des régimes juridiques bien établis et d'usage courant en matière d'insolvabilité et de recours des créanciers qui peuvent être utilisés pour influencer l'ouverture et le cours d'une procédure de sauvetage informelle. L'invitation à engager un dialogue devrait rarement être refusée. Si elle l'est, le débiteur fera face à la perspective de recours individuels de créanciers ou de procédures formelles d'insolvabilité. Quant aux créanciers réfractaires, ils s'exposeront à une sanction analogue. Cette menace est généralement suffisante pour motiver un dialogue sous une forme ou une autre. Dans les pays où les régimes de recours pour les créanciers et d'insolvabilité formelle sont suspects, il pourra être souhaitable de prévoir, à titre semi-officiel, l'intervention d'un facilitateur pour encourager l'ouverture de la procédure. C'est l'approche qu'ont adoptée, avec quelque succès, certains pays asiatiques. Il s'agit de choisir une instance qui permette au débiteur et aux créanciers concernés de se retrouver pour négocier un accord afin de remédier au problème financier du débiteur. Cette instance est importante à la fois pour les deux parties et pour les créanciers en tant que groupe.

189. *Engagement de conseillers.* Peu de tentatives de sauvetage, voire aucune, ne sont faites en l'absence de conseillers ou d'experts indépendants. Ceux-ci peuvent représenter des domaines divers – comptabilité, finance, droit, restructuration d'entreprises, marketing, etc. Des problèmes liés à des facteurs divers (coût, intrusion, perte de contrôle, etc.) peuvent entraver le processus.
190. *Coordination au niveau des participants.* Le sauvetage doit concerner l'ensemble des principales parties intéressées, à savoir, en général, le groupe des bailleurs de fonds et, parfois, les autres principaux créanciers qui sont susceptibles d'être affectés par la restructuration ou sont d'une importance capitale pour la résolution du problème. Afin de mieux coordonner les négociations, il convient de nommer parmi les créanciers un chef de file chargé des tâches de direction, d'organisation, de gestion et d'administration. Le plus souvent, ce chef de file fait rapport à un comité dont les membres sont représentatifs de l'ensemble des créanciers (comité de restructuration) et qui a pour fonction de prêter appui au chef de file et de servir en quelque sorte de caisse de résonance pour les propositions formulées à l'intention du débiteur et des créanciers.
191. *Stabilisation de l'entreprise.* Dès que possible, afin de permettre à l'entreprise de poursuivre ses activités, les parties devront prévoir une période de négociation. En général, elles concluent pour cela un accord moratoire (accord contractuel ayant pour effet de suspendre des initiatives en sens contraire de la part du débiteur comme des principaux créanciers) valable pour une période déterminée, généralement de courte durée. C'est là l'équivalent du moratoire ou du sursis d'exécution auquel donne lieu la procédure formelle de sauvetage.
192. *Mesures destinées à assurer des flux de trésorerie et des niveaux de liquidités adéquats* durant les phases de négociation et de restructuration. Il s'agit là d'un problème qui a été évoqué plus haut, dans la partie consacrée aux procédures formelles de sauvetage. Il peut se poser davantage dans le contexte de la procédure informelle du fait que, même si la législation en matière de sauvetage peut contenir des dispositions rationnelles pour accorder une certaine forme de « super-priorité » au financement continu du débiteur, cette loi n'étendra pas l'application de ce dispositif au processus informel. Cela dit, si elle est rédigée soigneusement et judicieusement, la législation pourrait être en mesure d'opérer cet élargissement du champ d'application. À défaut, les commerciaux sont amenés à concevoir des moyens d'ordre commercial, ce qui se traduit souvent par des accords entre principaux créanciers pour donner aux apports de fonds d'urgence effectués par l'un ou plusieurs d'entre eux un rang prioritaire,

aux fins de remboursement, par rapport à leurs autres droits en cas de procédure formelle d'insolvabilité du débiteur.

193. *Possibilité d'accès à des informations complètes et exactes sur les activités du débiteur.* C'est là une condition essentielle à la conclusion d'un accord conventionnel, et les informations en question porteront notamment sur les activités commerciales de l'entreprise concernée, sa situation commerciale actuelle, sa situation financière générale, ainsi que son actif et son passif. Cela fait pendant à l'obligation statutaire de publication d'informations similaires figurant dans la plupart des régimes formels de sauvetage d'entreprises.
194. *Négociation, approbation et mise en œuvre du plan de restructuration.* En règle générale, cela repose sur un accord entre les créanciers et le débiteur au sujet des modalités et conditions fixées pour la restructuration, et sur l'adhésion d'une majorité de créanciers. Les pourcentages minimums requis peuvent varier en fonction du type de mesure considéré (par exemple, 75 à 90 % pour la restructuration proprement dite, 75 % pour les moratoires, 66 % pour les dépenses en capital, les tirages de crédit et les cessions d'actifs, et 100 % pour les apports d'argent frais). Ces pourcentages sont soumis à des accords entre créanciers mais, en l'absence d'accord, toutes les décisions de ce type devront être prises à l'unanimité. Des dispositions devront être prises pour tenir compte des créanciers détenteurs de sûretés valides. On signalera notamment que beaucoup d'accords de crédit ou d'accords intercréanciers, dans le contexte de dispositifs de prêt syndiqués, spécifient déjà le niveau d'approbation requis pour la prise de décisions. Ces dispositions devront être respectées dans toute la mesure du possible. Pour ce qui est des apports d'argent frais, aucun prêteur ne peut être contraint d'accorder de nouveaux financements contre sa volonté. Dans les cas où des pays sont confrontés à des problèmes d'ordre systémique, il convient d'observer que les mouvements de change peuvent avoir une incidence défavorable sur la situation des créanciers étrangers par rapport aux créanciers locaux.
195. *Mesures à prendre pour faire face aux créanciers extérieurs et aux créanciers dissidents.* Dans la majorité des cas, il ne sera pas possible d'intégrer ou d'associer tous les créanciers au processus de restructuration. Leur nombre et leur diversité mêmes constituent un problème. Un autre problème est lié au fait qu'il n'est pas rationnel d'impliquer des créanciers dont les engagements sont d'un montant réduit ou qui n'ont ni l'expérience commerciale, ni les connaissances, ni la volonté requises pour participer d'une manière constructive au processus. Mais on ne peut faire totalement abstraction de ces créanciers. Ils peuvent avoir de l'importance pour la poursuite des activités commerciales du débiteur. Qui plus est, du fait que le processus est informel, il n'existe aucune règle pour contraindre les créanciers à accepter les décisions prises par une majorité de leurs pairs.
196. Dans les arrangements informels, il n'est pas rare que les petits créanciers et les créanciers commerciaux recouvrent intégralement les montants qui leur sont dus. Bien qu'on puisse voir là un cas d'inégalité flagrante, cela peut se justifier du point de vue commercial pour un groupe de gros créanciers. À titre d'alternative, on pourrait tenter de parvenir à une unanimité complète, comme dans les cas où les principaux créanciers se mettront d'accord sur un plan de sauvetage avec le débiteur. Ce plan sera diffusé auprès de l'ensemble des créanciers, qui seront invités à l'approuver. Il est à souligner qu'un tel plan serait l'issue probable d'un processus consistant à traiter des affaires du débiteur dans le cadre de la législation formelle en matière de sauvetage. Si l'on ne peut obtenir l'unanimité, le débiteur se place volontairement sous le dispositif de cette législation ; le plan est alors approuvé par la majorité des créanciers et a force obligatoire pour ceux qui n'y ont pas consenti. Cela fait ressortir un autre argument en faveur d'une législation formelle adéquate en matière de sauvetage : c'est seulement s'il en existe une qu'il peut y avoir transfert d'une procédure informelle sous le régime formel.

197. *Obligation pour l'accord de restructuration d'être juridiquement contraignant pour l'ensemble des créanciers concernés.* La procédure rend l'accord de restructuration final juridiquement obligatoire pour une minorité de créanciers dissidents à condition qu'ils soient parties à un accord intercréanciers qui les lie à la décision de la majorité. Les parties qui ne sont pas liées contractuellement ne seront pas engagées par la décision des créanciers majoritaires, d'où le risque de voir l'accord de restructuration vidé de son sens par l'action indépendante d'une minorité de créanciers réfractaires. En pareil cas, il faudra en revenir à un processus formel puisque, dans les procédures de ce type, la loi écrite instaure le dispositif permettant de lier les créanciers minoritaires.

#### 4. MISE EN ŒUVRE DU RÉGIME D'INSOLVABILITÉ

198. L'efficacité du régime d'insolvabilité est subordonnée à l'existence d'un cadre institutionnel et réglementaire solide. Ce dernier comporte trois grandes composantes : en premier lieu, les diverses institutions responsables et compétentes en matière de procédures d'insolvabilité ; en second lieu, le système opérationnel chargé d'instruire les dossiers et de prendre les décisions ; en troisième lieu, les critères fondamentaux à respecter pour préserver l'intégrité de ces institutions, étant entendu que la clé de voûte de l'efficacité ou de la défaillance du régime d'insolvabilité est son intégrité. La présente section expose les principes fondamentaux applicables à la conception des institutions et des participants ayant autorité sur les procédures d'insolvabilité, ainsi qu'à leur maintien.

##### 4.1 Considérations institutionnelles (Principes 27-33)

199. **Principe 27 : Rôle des tribunaux.** *Les affaires de faillite doivent être suivies et réglées par un tribunal indépendant ou par une autorité compétente, et confiées, lorsque cela est faisable, à des juges spécialisés dans les faillites. La création de tribunaux spécialisés peut générer des avantages importants.* Le rôle et la responsabilité de l'institution judiciaire compétente, à savoir le tribunal, ainsi que son organisation et ses services sont des éléments essentiels à l'efficacité, la bonne marche et l'équité d'une procédure d'insolvabilité. Un tribunal des faillites prévisible et dont le fonctionnement est satisfaisant permet un règlement rapide des affaires d'insolvabilité, en protégeant les actifs et en maximisant leur valeur. Il incite également les parties à avoir recours aux arrangements à l'amiable avant de faire appel à la justice<sup>26</sup>. Dans la plupart des juridictions, le pouvoir judiciaire remplit des fonctions de suivi et de règlement des litiges par l'intermédiaire des tribunaux à compétence générale, des tribunaux de commerce et des tribunaux spécialisés en faillite. Dans certaines juridictions, ce rôle peut être assumé par des institutions non judiciaires ou quasi judiciaires, ce qui est probablement le fruit d'une évolution historique. Il se peut également que ce choix soit dicté par le souci d'une administration indépendante et impartiale de la justice, une exigence de justice et d'équité, et, dans certains cas, les stipulations de la constitution en matière de droits patrimoniaux. Certains pays (la Colombie et le Pérou par exemple) disposent de procédures administratives non judiciaires qui peuvent s'avérer pratiques lorsque le système judiciaire a moins de ressources qu'une autre entité administrative ou lorsque la capacité du tribunal est faible, à la condition que des garanties appropriées soient mises en place pour protéger les droits des participants et pour assurer le respect de la légalité. Une attention particulière doit être accordée à la manière dont le fonctionnement de l'entité administrative retenue s'articule avec le cadre juridique pour

---

<sup>26</sup> On se référera également aux analyses sur les arrangements à l'amiable accompagnant les Principes 25-26 de la section 3.4 se trouvant ci-dessus.

régler les litiges et permettre un droit d'appel. De plus, les organismes remplissant cette fonction doivent être régis par les mêmes principes et normes que le système judiciaire.

200. Parfois, les juges sont spécialisés et exclusivement responsables des procédures d'insolvabilité. D'autres juridictions peuvent offrir aux juges une autorité juridictionnelle plus étendue. En raison du caractère spécialisé de l'insolvabilité des entreprises et des questions soulevées lors des procédures de faillite, il est très utile de disposer de tribunaux indépendants, spécialisés dans le commerce et les faillites, ou de juges spécialisés en insolvabilité siégeant au sein des tribunaux à compétence générale. Le processus de l'insolvabilité est extrêmement complexe et nécessite un degré élevé de compréhension et de connaissance des arrangements financiers et commerciaux ainsi que des normes et pratiques du commerce et de la finance. La spécialisation garantit une meilleure compétence des magistrats et une prise de décision d'une qualité supérieure, accélère le déroulement de la procédure et la prise de décision et contribue à la cohérence des décisions portant sur des questions et situations similaires. En outre, la spécialisation tend à réduire le nombre d'actions en justice inutiles en augmentant le degré de prévisibilité des décisions. Lorsque les magistrats du siège n'ont pas de connaissances spécialisées et prononcent des décisions qui ne sont pas homogènes, les parties sont souvent tentées d'avoir recours aux tribunaux dans l'espoir qu'une décision différente ou nouvelle soit rendue. Il en va de même des cours d'appel n'ayant pas de connaissances spécialisées en insolvabilité.
201. Dans de nombreux pays, il se peut que le nombre des dossiers à traiter ne justifie pas le surcroît de dépense lié à l'instauration d'un système judiciaire de traitement de l'insolvabilité indépendant. La meilleure approche en pareil cas est de disposer d'un vivier de juges formés en matière d'insolvabilité qui soient en mesure de faire face en temps réel aux exigences du contentieux des procédures d'insolvabilité, lesquelles procédures, de la même manière, doivent relever de règles et de procédures indépendantes visant à répondre aux besoins uniques de l'insolvabilité. Enfin, il faut réfléchir aux caractéristiques dont doit être doté le tribunal des faillites, ou toute instance judiciaire comparable, par rapport à d'autres entités administratives ou réglementaires régissant la procédure d'établissement de l'insolvabilité. Il faudra définir l'articulation appropriée entre le pouvoir judiciaire et les autres institutions réglementaires qui complètent le régime d'insolvabilité.
202. *La loi doit prévoir un tribunal ou une autre instance qui exerce un rôle général de supervision, sans ingérence, dans le processus de redressement. Le tribunal, ou l'instance réglementaire, doit être tenu d'accepter la décision des créanciers soit d'approuver un plan soit de liquider le débiteur.* Lors d'une procédure de redressement, une cour ou un tribunal doit veiller à ce que la procédure soit conduite de manière efficiente. La loi doit prévoir des procédures assorties d'échéances précises pour les événements se prêtant à une certaine souplesse, mais doit éviter les retards. A cet égard, le tribunal agit comme un gestionnaire de cas de manière à faire avancer la procédure. Par ailleurs, le tribunal doit veiller à ce que la procédure soit conduite équitablement et conformément aux procédures régulières. À cet effet, les créanciers ou autres personnes affirmant avoir subi un préjudice ou avoir été affectés par le non respect des formalités et des règles adéquates doivent être en droit de demander au tribunal une réparation appropriée. L'une des principales fonctions du tribunal sera d'apporter une solution aux problèmes ou différends qui peuvent surgir. Même la plus détaillée des procédures législatives ne peut espérer parer à toute éventualité ou éviter les problèmes liés à l'application ou à l'interprétation de la loi applicable. Une cour ou un tribunal, en agissant de manière judicieuse, peut éviter ou surmonter les problèmes et les difficultés techniques et non substantiels. Enfin, le tribunal préside à l'établissement d'un plan de manière à établir si celui-ci satisfait aux critères d'approbation fixés par la loi et à enquêter sur les abus éventuels des

parties au cours de la procédure. A cet égard, le tribunal institue un équilibre des pouvoirs permettant aux créanciers qui le souhaitent de contester un plan ou d'attaquer les moyens par lesquels il a été obtenu (par exemple, sous l'influence d'une fraude ou du vote des initiés).

203. Les règles dites *bright-line* (établissant une ligne de démarcation nette) peuvent offrir un moyen efficace d'améliorer le fonctionnement du système, tant lorsque la capacité technique du tribunal laisse à désirer en raison d'une insuffisance de formation ou à cause d'une influence externe que parce que les coûts liés au délai avantagent le débiteur au détriment du créancier. On peut envisager de limiter l'application des règles *bright line* à de stricts délais pendant lesquels des mesures précises devront être prises. Bien que ces règles limitent les pouvoirs discrétionnaires et introduisent une dose d'arbitraire, elles peuvent avoir une justification, celle de porter à la connaissance des utilisateurs du système les délais à respecter et d'informer le juge de ce qui doit être fait.
204. **Principe 28 : les normes d'efficacité du tribunal ; qualifications et formation des juges.** *Il convient d'adopter des normes permettant de mesurer la compétence, l'efficacité et les services du tribunal des faillites. Ces normes doivent servir de base pour évaluer et améliorer les tribunaux. L'adoption de critères de qualification appropriés et la formation et l'éducation permanente des juges doivent assurer leur respect.* Les normes générales d'évaluation des compétences, de la performance et des services comprendront le libre accès au tribunal, l'efficacité et l'opportunité des mesures qu'il adopte, l'intégrité et l'indépendance de ses décisions et du traitement des parties, la transparence dans la prise de ses décisions et dans la conduite de ses activités, et enfin la confiance que lui accorde la population. Les normes doivent être révisées régulièrement de manière à évoluer au rythme des changements économiques et sociaux.
205. Il faut élaborer des procédures d'évaluation et évaluer régulièrement les tribunaux au regard de normes. La conception et la mise en œuvre des procédures d'évaluation doivent être confiées à un corps de juges, auquel viendront éventuellement s'adjoindre des professionnels et autres utilisateurs des procédures d'insolvabilité. Cette procédure ne doit pas compromettre l'indépendance judiciaire.
206. L'intégrité et l'efficacité des tribunaux et du régime d'insolvabilité sont tributaires de la qualité et des compétences des juges. Il faut des critères précis de qualification et de sélection des juges. Les qualifications personnelles doivent prévaloir sur les considérations politiques. Une bonne connaissance des pratiques commerciales et des principes de base des affaires et de la finance ainsi qu'une connaissance précise de la législation de l'insolvabilité représentent les normes minimales désirables.
207. La formation continue renforce la qualité et les compétences des juges, nouvellement nommés ou déjà en poste. Cette formation doit traiter des notions et des techniques, élémentaires ou plus complexes, relatives à l'insolvabilité, des thèmes de droit commercial connexes, et des notions et techniques comptables et financières importantes en matière d'insolvabilité. La formation doit également mettre l'accent sur les techniques de recherche, d'administration d'un tribunal et de gestion de dossiers.
208. **Principe 29 : Organisation du tribunal.** *Le tribunal doit être organisé de façon que toutes les parties intéressées, y compris l'administrateur, le débiteur et tous les créanciers, reçoivent un traitement juste, objectif et transparent.* Le contrôle et la gestion d'éléments comme le budget du tribunal, les finances internes, le personnel, les installations et les systèmes d'appui technique et administratif doivent être dévolus au tribunal dans la mesure du possible, ou être

réglementés avec une importante contribution de celui-ci. En matière de fonctions judiciaires, le juge doit jouer un rôle primordial et prééminent. Pour ce qui est de la gestion des instances, le juge doit disposer d'un large pouvoir discrétionnaire sur la gestion du registre des jugements rendus et des dossiers, mais il appartient aux administrateurs du tribunal d'en assurer la gestion courante. Le judiciaire doit être un élément constituant et actif de l'administration du tribunal, mais assurer principalement une fonction de coopération et de supervision.

209. *Dans toute la mesure du possible, des règles de fonctionnement, une jurisprudence et des règles d'instruction accessibles au public doivent régir le tribunal et les autres parties au processus.* Le droit de l'insolvabilité doit être complété par des règles et une réglementation raisonnables, prévisibles et souples pour améliorer la gestion des dossiers et rationaliser les procédures. De cette façon, toutes les parties à une affaire d'insolvabilité (l'administrateur, le débiteur, les créanciers et les professionnels) disposeront d'un recueil d'instructions faisant autorité en ce qui concerne leurs rôles, leurs responsabilités et leurs activités dans la gestion des dossiers et le déroulement des procédures du tribunal. Étant donné que les affaires d'insolvabilité doivent être réglées rapidement, les procédures normales d'un tribunal statuant en matière civile et pénale peuvent ne pas convenir.
210. *Le fonctionnement du tribunal doit répartir les responsabilités et l'autorité de manière à optimiser l'utilisation des ressources. Le tribunal doit, autant que faire se peut, institutionnaliser, rationaliser et standardiser ses pratiques et procédures.* Cette disjonction des fonctions administratives d'un tribunal pourra contribuer à : centraliser et encourager la spécialisation dans les responsabilités non judiciaires ; permettre une meilleure administration du tribunal et des affaires, et renforcer la coordination et la continuité des activités du tribunal ; améliorer l'efficacité et optimiser l'utilisation des ressources (normalement limitées) disponibles ; accroître l'obligation redditionnelle ; et enfin situer avec précision les responsabilités.
211. En outre, les tribunaux doivent avoir la faculté de nommer d'autres administrateurs pour traiter de problèmes nécessitant une expertise particulière ou une connaissance technique externe ou, à l'inverse, pour traiter de problèmes moins complexes afin que le tribunal puisse se concentrer sur les décisions de fond. Par exemple, un juge doit être habilité à faire nommer en qualité d'agent du tribunal une personne qualifiée et indépendante pour une mission spéciale. Cette mission pourra consister à liquider les biens du failli et à en distribuer les produits, à agir en qualité de séquestre et gestionnaire dans une réorganisation (ou à assurer une fonction de surveillance au nom du chargé de la réorganisation), à effectuer des enquêtes sur tel ou tel sujet et à établir un rapport, ou, en tant qu'intermédiaire neutre, à négocier des arrangements pratiques. Pareille nomination est assortie de l'autorité du tribunal et du devoir d'être neutre et de présenter un compte rendu complet au tribunal et aux autres parties intéressées. Ces nominations permettent au tribunal de prendre des décisions, résoudre les différends et superviser les procédures d'insolvabilité avec davantage d'efficacité.
212. L'adoption de règles de fonctionnement uniformes, d'une jurisprudence et de règles d'instruction complètera la législation de l'insolvabilité et rationalisera les processus de faillite, judiciaires et extrajudiciaires. Les problèmes complexes inhérents aux faillites, auxquels vient s'ajouter un nombre parfois incroyablement élevé d'affaires, nécessitent un traitement très méthodique. Le maintien de règles prévisibles facilite la conduite des activités du tribunal, peut accélérer la prise de ses décisions et améliorer non seulement la participation des parties au processus mais également leur degré de satisfaction vis-à-vis de l'institution. Par ailleurs, l'existence entre les tribunaux d'une continuité accrue et de pratiques normalisées améliorera les procédures des tribunaux et l'efficacité des juges.

213. **Principe 30 : Transparence et responsabilité.** *Le régime d'insolvabilité doit reposer sur la transparence et la responsabilité. Les règles doivent assurer l'accès aux dossiers du tribunal, aux audiences, aux renseignements sur le débiteur et aux données financières, ainsi qu'aux autres informations publiques.* La confiance qu'inspirera le régime de l'insolvabilité au public sera fonction de sa transparence et de sa conformité à l'obligation redditionnelle (ou responsabilité). Il doit encourager la transparence à chaque étape. Il doit aussi posséder les caractéristiques suivantes : procéder aux notifications appropriées par la diffusion d'information, notification aux créanciers et aux parties intéressées des audiences et activités affectant leurs intérêts, notification du dépôt des demandes et des actes de procédure, et divulgation et publication des décisions du tribunal, des dossiers judiciaires et des informations publiques.
214. La transparence est un élément clé de la responsabilité. Si la responsabilité consiste notamment à tenir les personnes, y compris les juges, responsables de leur conduite, elle n'implique nullement d'influencer les décisions ou de porter atteinte à l'indépendance d'un juge. Les audiences doivent être conduites en public selon un calendrier mis à la disposition de tout un chacun et annoncé à l'avance, et les dossiers du tribunal doivent pouvoir être examinés et reproduits sous réserve des règles de confidentialité. La transparence permet au public de se faire une opinion sur le régime d'insolvabilité par l'entremise des médias et autres sources d'information.
215. **Principe 31 : Prise de décisions judiciaires et exécution.** *Le processus de prise de décision judiciaire doit encourager les parties à résoudre leurs différends à l'amiable lorsque cela est possible. Sinon, il doit régler les affaires sans délais inutiles, afin de renforcer la prévisibilité du régime par une application systématique du droit. Le tribunal doit jouir d'une autorité indiscutée et disposer de méthodes efficaces pour faire exécuter ses jugements.* La résolution à l'amiable des affaires avant la décision définitive du tribunal bénéficie presque invariablement à toutes les parties intéressées. D'autres techniques, comme l'arbitrage ou la médiation, permettent également de résoudre les litiges. Cette approche peut préserver les ressources, accélérer le jugement des affaires, encourager le compromis et la coopération, tempérer la nature contradictoire des litiges et modérer le risque d'échec des sauvetages d'entreprises.
216. La prise de décision judiciaire doit être indépendante, distincte et définie de manière à distinguer de celle des autres parties concernées par l'insolvabilité. Une jurisprudence cohérente facilitant un règlement prévisible des affaires est d'une aide inappréciable à la création d'un tribunal efficace. Le recours aux précédents, la diffusion de la jurisprudence ou le simple fait de s'efforcer d'assurer la continuité de la prise de décision permettent d'atteindre des objectifs importants, tels que l'amélioration des perspectives de parvenir à un règlement négocié sans action en justice, la meilleure utilisation de ressources judiciaires limitées et la réduction du coût et des délais afférents à l'intervention du tribunal, aux procès et au règlement formel d'un différend.
217. L'accès au tribunal sans délais inutiles, et dans certains cas immédiat, est essentiel à un déroulement satisfaisant des affaires de faillite. La bonne administration des faillites nécessite souvent que le tribunal puisse résoudre les problèmes et régler les différends au fur et à mesure qu'ils surgissent, ce que l'on pourrait appeler contentieux en temps réel. Ceci est vrai pour les tribunaux de première instance comme pour les juridictions d'appel.

218. **Principe 32 : Intégrité du tribunal.** *Les opérations et les décisions du tribunal doivent reposer sur des règles et règlements fermes, pour éviter la corruption et l'abus d'influence. Le tribunal doit être exempt de conflits d'intérêts, de préjugés et de défaillances en matière de déontologie, d'objectivité et d'impartialité judiciaires.* Le tribunal, y compris les juges et le personnel du tribunal, doit se montrer respectueux de ces normes et être perçu comme tel par les parties et le public. Des règles juridiques explicites doivent instituer des voies de recours en cas d'irrégularités, dont des procédures de plainte et d'enquête. Des normes écrites, des directives, des avis consultatifs, des procédures de plainte et d'enquête, ainsi que des moyens de réparation des irrégularités, doivent être mis à la disposition d'une instance judiciaire ou auxiliaire indépendante et respectée.
219. L'organisation du tribunal, ainsi que la nature, le degré et l'étendue des contacts directs et formels du pouvoir judiciaire avec la presse, la télévision et le public, soulèvent des problèmes importants et délicats, sur lesquels les traditions et la culture juridique du pays risquent d'exercer une forte influence. Le tribunal doit mettre en place une structure, un cadre réglementaire et des procédures qui assurent l'accès du public aux décisions du tribunal, l'accès à ses fichiers et ses dossiers et la transparence de ses activités pour le public. Dans ce cadre, la nature et l'étendue des contacts directs que peut avoir le juge avec la presse doivent être définies afin d'éviter toute atteinte à son intégrité, son impartialité et son sens de l'équité.
220. **Principe 33 : Intégrité des participants.** *Les personnes intervenant dans une affaire de faillite doivent être tenues d'observer les règles et les décisions judiciaires visant à prévenir la fraude, d'autres activités illicites ou l'abus du régime de faillite. En outre, le tribunal des faillites doit être investi des pouvoirs nécessaires pour connaître des activités illicites ou des abus qui ne relèvent pas du droit pénal.* La fraude présumée et toute autre infraction pénale concernant la faillite doivent être traitées rapidement, fermement et uniformément en étant portées devant une instance investie des pouvoirs nécessaires pour mener des enquêtes et prendre les mesures appropriées. Toute faute qui ne constitue pas une infraction pénale doit être examinée dans les meilleurs délais par le tribunal des faillites, qui doit être doté des pouvoirs nécessaires pour mener des enquêtes et prendre les mesures appropriées, dont des sanctions.
221. Le régime de l'insolvabilité doit instituer des règles et règlements publics fermes pour prévenir la corruption et l'abus d'influence qui ébranleraient la confiance que la population lui accorde. Il faut charger de préférence un service, comité ou organisme indépendant mais responsable de fixer, suivre et faire respecter les normes de conduite applicables aux juges et aux autres participants. Le tribunal des faillites n'inspirera confiance au public que si les juges et, le cas échéant, les autres agents du tribunal respectent en permanence les normes de déontologie et de professionnalisme appropriées.

#### 4.2 Aspects réglementaires (Principes 34-35)

222. **Principe 34 : Rôle des instances de réglementation et de supervision.** *Les organismes responsables de la réglementation ou de la supervision des administrateurs d'insolvabilité doivent être indépendants de tout administrateur et fixer des normes reflétant la législation et les attentes de l'opinion publique en matière d'équité, d'impartialité, de transparence et de responsabilité.* L'instance de réglementation ou de supervision peut être un organisme public ou un département ministériel, un organisme indépendant, une ou des organisations professionnelles, ou une structure mixte, étant entendu que le rôle, les fonctions et les

responsabilités des organes en question doivent être clairement définis<sup>27</sup>. Lorsqu'une organisation professionnelle est concernée, il faut absolument que son indépendance vis-à-vis de ses membres ressorte clairement de sa constitution, de ses mécanismes et procédures, ainsi que de son personnel. Cela peut nécessiter un cadre législatif ou un contrôle statutaire – mais pas nécessairement une intervention dans des domaines particuliers – de la part d'un organisme public ou département ministériel, ou d'un organisme indépendant.

223. La façon dont l'instance de réglementation est établie dépend en partie des dispositifs en place dans les différents domaines : agrément et réglementation des différents professionnels (juristes, comptables, etc.) nommés en qualité d'administrateurs ; établissement de normes ; suivi des performances ; adoption de mesures réglementaires. Certains de ces dispositifs devront éventuellement être affinés dans le contexte de l'insolvabilité pour refléter les différences qui existent entre un professionnel (juriste, comptable, etc.), agissant dans l'intérêt public en assumant la fonction d'administrateur ou, d'un autre côté, servant un intérêt privé en agissant pour le compte d'un client.
224. Lorsqu'un pays possède un système d'octroi de licences à des personnes ou d'agrément d'organisations, la désignation de personnes pouvant être admises à remplir les fonctions d'administrateur est grandement simplifiée pour les tribunaux, les créanciers ou quiconque a pouvoir en la matière. Il ne sera généralement pas nécessaire de vérifier les qualifications de la personne en question, d'où un gain de temps et d'argent dans le cadre du processus de nomination. On aura peut-être intérêt à pouvoir répertorier les candidats en fonction de leur expérience dans des domaines d'activité donnés (ingénierie, immobilier, etc.) ou pour certaines procédures (liquidation, redressement) et consulter des parties essentielles dans les cas où on risque d'avoir besoin de connaissances et de compétences spécialisées. Les conditions à remplir pour l'obtention d'une licence varient d'une juridiction à l'autre selon les fonctions à assurer, mais elles peuvent inclure la possession d'une autre licence professionnelle (en droit ou en comptabilité, par exemple), d'un diplôme de science économique ou d'études commerciales, d'un niveau d'expérience minimum et d'une formation spécialisée de professionnel de l'insolvabilité ou d'administrateur.
225. Les organisations professionnelles peuvent ne pas avoir de fonction statutaire, réglementaire ou de surveillance spécifique vis-à-vis du régime de l'insolvabilité et de ceux qui administrent des dossiers d'insolvabilité. Mais beaucoup d'entre elles ont pris conscience de l'importance et de la complexité croissantes de ce domaine d'activité et établi à cet égard des critères de qualification et des normes professionnelles et déontologiques connexes, des orientations en matière de pratiques optimales et des activités de formation continue pour leurs membres spécialisés dans les questions d'insolvabilité. Elles ont également adapté leurs procédures de suivi, de traitement des plaintes et de maintien de la discipline pour tenir compte de la nature particulière de l'insolvabilité. Les organisations professionnelles peuvent constituer un pilier essentiel pour la mise en place d'un cadre réglementaire.
226. Dans la plupart des juridictions, la supervision des dossiers individuels est considérée comme étant du ressort des créanciers (ou leurs représentants) et du tribunal : c'est à eux qu'il

---

<sup>27</sup> Par exemple, dans certaines juridictions (Australie, Canada, États-Unis), l'enregistrement et la réglementation relèvent de l'État. Le Royaume-Uni a un cadre statutaire qui exige l'octroi de licences aux administrateurs, et le pouvoir d'attribution et de retrait des licences est délégué dans ce cadre à sept organisations professionnelles reconnues dans les domaines juridique et comptable. La Finlande n'a pas de régime de licences en matière d'insolvabilité, mais les administrateurs sont sans exception membres du barreau finlandais et leurs activités sont sous le contrôle d'un médiateur indépendant. Les Pays-Bas n'ont pas formellement de système d'agrément public, mais leurs administrateurs, qui sont systématiquement des juristes, sont sous le contrôle des tribunaux et de l'organisation professionnelle de tutelle.

appartient de recevoir les rapports, d'approuver les mesures proposées, d'indiquer la voie à suivre, d'avaliser les paiements et de fixer les rémunérations et commissions, selon ce qui est stipulé par la législation, spécifié par les créanciers ou le tribunal, ou jugé nécessaire par l'administrateur. Dans certaines juridictions, l'instance de réglementation ou de supervision peut être chargée de veiller à ce que les dossiers soient administrés d'une manière adéquate et au mieux des intérêts des créanciers. Les différents points et niveaux de contrôle dépendront de l'autorité qui aura procédé à la nomination et mis en place les poids et contrepoids inhérents au système, ainsi que de la nature de la mesure proposée, de son degré de complexité et des coûts et risques correspondants.

227. **Principe 35 : Compétence et intégrité des administrateurs d'insolvabilité.** *Les administrateurs d'insolvabilité doivent être à même d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés et doivent agir en toute intégrité, impartialité et indépendance.* Ceux qui administrent des procédures d'insolvabilité<sup>28</sup> – qu'ils soient nommés par les créanciers, le tribunal, un organisme public ou un département ministériel, une instance publique ou statutaire, ou encore le débiteur – se voient attribuer des pouvoirs<sup>29</sup> à l'égard des débiteurs et de leurs avoirs, et ils sont tenus de protéger ces avoirs et leur valeur. Dans certaines juridictions, cette fonction est considérée comme équivalente ou très proche de celle d'un syndic qui exerce des pouvoirs relevant de l'intérêt public et qui assume des fonctions au profit des créanciers et du débiteur. Mais ces pouvoirs et fonctions s'accompagnent de responsabilités et de mécanismes pour en assurer la bonne exécution. La nature de ces attributions apparaît très clairement dans les juridictions au niveau desquelles l'administrateur est défini ou regardé comme un officier de justice (qu'il soit nommé ou non par les tribunaux).

228. Les individus nommés aux fonctions d'administrateur proviennent d'horizons divers et peuvent ne pas être exclusivement spécialisés dans le domaine de l'insolvabilité. Dans bien des juridictions, il s'agit de juristes ou de comptables, qui sont généralement, quoique pas nécessairement, membres d'une organisation professionnelle reconnue dans leur juridiction. Ils auront, de ce fait, été soumis à un processus de formation, d'examen et d'accréditation, et à une certaine forme de réglementation professionnelle. Il peut aussi s'agir de personnes qui possèdent un autre type de qualification considéré comme valable (par exemple, un diplôme en droit ou en science économique), qui sont spécialisées dans un domaine particulier (immobilier, gestion d'entreprise, etc.) ou qui, sans posséder de qualification spéciale, sont nommées sur la base de leur expérience.

229. Dans certains cas, le choix de l'administrateur peut reposer sur le type de compétences requis pour traiter des spécificités du dossier considéré – qu'elles tiennent à la nature de l'entreprise ou des activités du débiteur, à ses avoirs, ou au marché sur lequel il est ou a été présent –, sur les connaissances spécialisées à posséder pour comprendre ce que fait le débiteur, ou sur d'autres motifs particuliers. Il se peut que le dossier en question consiste principalement à élucider un ensemble complexe d'opérations financières, à maintenir en activité une entreprise manufacturière ou à traiter des transactions sur les marchés des valeurs, des produits de base ou des contrats à terme. Quelle que soit la nature de la procédure d'insolvabilité, il est

---

<sup>28</sup> Différents termes peuvent être utilisés pour désigner les administrateurs d'insolvabilité : syndics, liquidateurs, administrateurs, contrôleurs, séquestres, curateurs, administrateurs publics ou judiciaires, commissaires ou promoteurs. Il peut s'agir d'individus ou, dans certaines juridictions, de sociétés et autres personnes morales.

<sup>29</sup> Entre autres pouvoirs, l'administrateur est généralement habilité à gérer l'entreprise et à prendre les décisions correspondantes en ce qui concerne ses avoirs (sous réserve d'examen et d'approbation dans certains cas), à négocier et conclure des accords avec les créanciers et à engager la société, à accumuler et céder des avoirs, y compris par l'introduction d'actions en justice pour le recouvrement d'avoirs transférés, et à engager les professionnels dont il a besoin pour s'acquitter de ses responsabilités.

primordial que l'administrateur réponde aux normes professionnelles et déontologiques les plus strictes. Les intérêts des parties à la procédure et de ceux qui sont affectés par elle ainsi que l'intérêt public l'emportent sur les intérêts particuliers de l'administrateur.

230. Celui-ci doit être en mesure de s'occuper de problèmes inédits à caractère litigieux, qui doivent être traités dans des délais immanquablement réduits et en conciliant aspects commerciaux et impératifs juridiques. Pour tout cela, l'administrateur peut valablement faire appel à l'aide d'experts. L'essentiel est qu'il ait une connaissance pratique de la législation sur l'insolvabilité et des autres textes de loi correspondants et, l'accent étant de plus en plus mis sur les procédures de redressement, une expérience des questions commerciales.
231. Tous ces arguments militent en faveur d'un « examen de passage » sur l'insolvabilité pour les administrateurs. En effet, certains diplômés en droit, en comptabilité et autres peuvent déjà couvrir les questions d'insolvabilité et les textes de loi correspondants, mais l'insolvabilité n'est pas un sujet qui repose sur des principes généraux, et une formation générale n'apportera pas le savoir technique et les connaissances pratiques qui s'imposent. De plus, les données d'expérience peuvent être limitées – surtout dans les juridictions où la législation sur l'insolvabilité est relativement nouvelle. Une fois que des administrateurs obtiennent leur licence professionnelle, il importe tout autant qu'ils tiennent à jour leurs connaissances par un effort de formation continue ou en accumulant une expérience qui englobe tous les aspects de l'insolvabilité, à un niveau à la fois technique et pratique.

## ANNEXE I : INSOLVABILITE ET RESTRUCTURATION DES BANQUES

1. Cette annexe examine certaines des questions fondamentales touchant au traitement réglementaire, au redressement et à la liquidation des banques insolvables, à titre individuel comme dans le contexte de la restructuration de tout un système bancaire. Nombre d'aspects couverts dans d'autres parties de ce rapport pour les institutions non bancaires s'appliquent également aux banques. Cette annexe traite donc essentiellement de ce qui distingue le traitement des banques insolvables de celui des entreprises insolvables, et elle a pour objet de servir de document d'information pour le travail entrepris par la Banque, en coopération avec le FMI et d'autres institutions internationales de même qu'au sein de diverses instances, afin d'élaborer des principes dans ces domaines. Ces principes constitueront des compléments nécessaires à ceux qui sont présentés dans le corps de ce rapport.

### 1. En quoi les banques sont-elles différentes ?

2. **Le traitement particulier des banques.** Dans une économie de marché, les banques sont soumises à des agréments, des réglementations et des règles de surveillance particulières — ce qu'il est convenu d'appeler la réglementation prudentielle. Les banques sont traitées différemment des autres entreprises car il ne saurait y avoir de croissance économique durable sans un système bancaire sûr et solide et parce que, du fait de la nature même des activités bancaires, les banques et le système bancaire sont à la merci de paniques destructives dues à une perte de confiance subite du public.
3. Les économies de marché ne peuvent fonctionner sans un système bancaire efficace, qui sert d'intermédiaire entre l'épargne publique et les investissements et qui fournit d'autres services financiers essentiels à l'État et au public. Par exemple, il faut un système bancaire solide pour conduire la politique monétaire et faire fonctionner les systèmes de paiement et de transfert de titres.
4. Du fait de leur rôle traditionnel d'intermédiation entre les dépôts à vue et les prêts à moyen et long termes, les banques sont vulnérables aux soudaines pertes de confiance des déposants dans la solidité de leur assise financière et aux retraits massifs de fonds qui en découlent. Si une banque ne peut faire face à la demande de retraits de dépôts et devient illiquide, le public peut perdre également confiance dans d'autres banques. Les faillites bancaires peuvent altérer la santé financière d'autres institutions financières, notamment des banques qui servent de contreparties aux banques en dépôt de bilan. Elles peuvent même perturber le fonctionnement des marchés financiers et des systèmes de paiement et de transfert de titres. La contagion interbancaire et la perte de confiance du public peuvent donc rapidement faire boule de neige, entraînant des retraits massifs de dépôts dans des banques par ailleurs saines, ce qui peut à terme provoquer l'effondrement de l'ensemble du système bancaire. Il est en outre difficile de contenir une crise bancaire à l'intérieur des frontières du pays où elle a pris naissance. Avec le développement relations d'affaires entre les banques de différents pays, une crise bancaire dans un pays peut déclencher une crise financière dans un autre pays.
5. Les règles prudentielles gouvernant l'attribution d'agréments aux banques et la surveillance de ces établissements sont essentiellement guidées par la nécessité d'éviter les paniques et le souci d'assurer la sécurité de l'épargne publique en dépôt dans ces banques. Dans les pays dotés d'un système d'assurance des dépôts, il est également nécessaire de protéger l'organe d'assurance des dépôts et, indirectement, le Trésor qui peut être garant de sa solvabilité.
6. Bien que la surveillance des banques réponde au souci de sécurité et de santé financière des établissements bancaires considérés individuellement, la raison fondamentale de la

réglementation prudentielle des banques est le souci de sécurité et de santé du système bancaire dans son ensemble — et, en dernier ressort, de l'économie nationale. Même l'objectif de protection de l'épargne publique n'est pas inspiré que par des préoccupations d'ordre social, mais aussi par la crainte qu'une perte de confiance du public n'entraîne des retraits massifs de dépôts dans le système bancaire. On voit donc que la réglementation prudentielle des banques considérées individuellement doit être essentiellement inspirée par des considérations systémiques.

7. **Différences entre la législation sur l'insolvabilité bancaire et le régime général de l'insolvabilité.** Dans de nombreux pays, le régime général de l'insolvabilité s'applique aux banques. Mais, dans plusieurs, la loi bancaire comporte des règles particulières, administrées par l'autorité de contrôle des banques, pour la restructuration et la liquidation forcée des banques. Dans la plupart des cas, il y a une similarité entre les objectifs généraux du régime général de l'insolvabilité et ceux qui sous-tendent les dispositions du droit bancaire afférentes à la restructuration et à la liquidation. Mais il y a un certain nombre de différences fondamentales entre le redressement des entreprises non bancaires (désignées ici simplement par le terme d'entreprises) au titre du régime général de l'insolvabilité et le traitement des banques au titre du droit bancaire.
8. La première et la plus évidente de ces différences est que la restructuration aux termes du droit bancaire est un concept plus large que celui du redressement dans le cadre du régime général de l'insolvabilité, tant au plan de son horizon temporel que du point de vue de son champ d'application. Le redressement d'une entreprise dans le cadre du régime général ne commence habituellement que lorsque celle-ci est déclarée insolvable sur la base de normes juridiques strictes. Une restructuration bancaire s'inscrit quant à elle, en règle générale, dans un continuum qui va de l'application de la loi prudentielle à la nomination d'un syndic de faillite. Ainsi, elle débute généralement bien plus tôt que le redressement d'une entreprise.
9. Les différences entre un redressement d'entreprise et une restructuration bancaire ont d'importantes conséquences pour les droits juridiques des créanciers et des propriétaires. Dans une procédure générale d'insolvabilité, ces droits sont protégés par les garanties procédurales que comporte la loi et par l'administration judiciaire des procédures de redressement et de liquidation. Les garanties sont moins nombreuses dans le cas des restructurations bancaires du fait que celles-ci s'effectuent souvent sous la direction de l'autorité de contrôle des banques, sans administration judiciaire. L'autorité de contrôle et ses agents, tels que les administrateurs provisoires et les syndics de faillite, sont soumis aux principes du droit administratif, qui protège les propriétaires et les créanciers des banques contre un usage abusif de la réglementation. Cependant, l'appel des décisions de l'autorité de contrôle prend souvent du temps et n'est pas suspensif de la décision qui fait l'objet d'un recours. En outre, même lorsque les agents désignés par l'autorité de contrôle des banques sont des spécialistes expérimentés et agréés, ils ont rarement une bonne connaissance du droit administratif.
10. Les raisons systémiques qui motivent le traitement particulier des banques sont-elles suffisamment solides pour justifier que ces établissements soient exemptés du principe selon lequel le redressement et la liquidation des institutions insolvable doivent être soumis à l'administration judiciaire aux termes de la loi générale sur l'insolvabilité ? Un processus réglementaire extra-judiciaire est souvent plus efficace qu'un processus administré par les tribunaux, ce qui représente un avantage important si, pour des raisons systémiques, il faut prendre des mesures immédiates pour fermer une banque ou transférer ses activités. Mais donner à l'autorité de contrôle le pouvoir d'agir rapidement et d'éviter les délais inhérents à l'administration judiciaire a un coût important : en excluant l'intervention des tribunaux, on prive les propriétaires et les créanciers des banques des garanties procédurales et des garanties matérielles d'une procédure gérée par les tribunaux. Cette question se pose avec une acuité

particulière lorsqu'une banque devient insolvable et que les mesures de restructuration à prendre doivent être particulièrement lourdes. Dans certains pays (États-Unis), la loi accorde à l'autorité de contrôle des pouvoirs très étendus pour prendre le contrôle des banques insolubles sans passer par l'administration judiciaire. D'autres pays (Allemagne, Royaume-Uni) exigent que l'autorité de contrôle confie la procédure aux tribunaux pour les restructurations des banques et, en dernier ressort, leur liquidation, conformément aux dispositions de la législation générale sur l'insolvabilité.

## 2. Autorités de contrôle des banques et politiques bancaires

11. **Critères auxquels doivent répondre les autorités de contrôle des banques.** Les autorités de contrôle des banques doivent être autonomes aux plans opérationnel et financier, responsables devant le public, transparentes dans leurs activités et dotées d'un personnel qualifié et expérimenté. Ces caractéristiques renforcent la confiance du public dans l'autorité de contrôle — élément essentiel pour la sécurité et la solidité d'un système bancaire. Lorsque la confiance du public fait défaut, la fermeture d'une seule banque peut dégénérer en crise bancaire si le public met en doute la sécurité et la santé financière des établissements que l'autorité de contrôle laisse ouverts.
12. La loi doit doter l'autorité de contrôle d'une autonomie opérationnelle et financière. La surveillance des banques doit être basée sur des critères techniques et ne pas être influencée par des considérations politiques ou par une ingérence abusive des dirigeants politiques ou des responsables de la profession bancaire. Si elle jouit de l'indépendance financière, l'autorité de contrôle peut échapper au risque de trafic d'influence des politiques en contrepartie d'appuis financiers. Pour garantir l'indépendance financière, il faut normalement confier la surveillance des banques à une banque centrale autonome ou à un organe de supervision indépendant dont l'autonomie financière sera assurée par les contributions du secteur bancaire.
13. Au nom du principe de responsabilité, il est conseillé de confier la réglementation prudentielle à une autorité unique pour chaque catégorie de banques. Mais, dans certains pays, les responsabilités en la matière sont réparties entre plusieurs entités. Les agréments de banques sont généralement accordés (et révoqués) par le ministre des finances, tandis que la surveillance des établissements est confiée à la banque centrale ou à une autre autorité de contrôle, voire dans certains cas à l'organe d'assurance des dépôts. Si ces arrangements peuvent faire l'affaire dans les pays dotés d'une solide tradition de coopération inter-organisations (États-Unis), ils ont tendance, ailleurs, à favoriser un laisser-faire négligent et à affaiblir la notion responsabilité en offrant aux autorités un argument pour se rejeter mutuellement la responsabilité lorsqu'une banque fait faillite.
14. Un traitement équitable, une politique transparente et des prises de décisions prévisibles sont les éléments clés d'un bon système de surveillance des établissements bancaires. Ils permettent d'assurer l'uniformisation des règles du jeu, la charge des coûts de la réglementation pesant de façon égale sur toutes les banques, et d'asseoir l'autorité morale et la crédibilité de l'autorité de contrôle — conditions indispensables pour conforter la confiance du public. Une réglementation transparente réduit le risque d'une mesure réglementaire imprévue et, partant, les coûts de transaction dans le secteur bancaire. La transparence est renforcée lorsque les projets de réglementations bancaires sont soumis au public aux fins d'observation avant leur adoption, lorsque toutes les décisions concernant la réglementation sont prises de façon rationnelle et impartiale, et lorsque toutes les règles prudentielles et les décisions réglementaires généralement appliquées sont publiées rapidement.
15. **Politiques de sortie.** *La législation doit inclure des dispositions explicites pour la sortie du marché des banques insolubles.* Les banques peu sûres et non viables font peser des risques

sur l'ensemble du système bancaire, et des politiques de sortie explicites doivent être établies et appliquées sans délai pour limiter ces risques. Ces politiques ne doivent pas se limiter au retrait d'agréments et à la liquidation des banques insolvables, mais peuvent inclure, entre autres dispositions, des possibilités de fusion avec d'autres banques, ou le transfert de tout ou partie des actifs et des dettes à d'autres entités.

16. L'autorité de contrôle est censée protéger le système bancaire, mais pas de venir à la rescousse de chaque banque en situation d'insolvabilité. Il est de l'intérêt du système bancaire de permettre aux banques de faire faillite, car cela montre aux propriétaires et dirigeants des autres établissements que les pratiques bancaires peu sûres ou irrationnelles ont un prix. À l'inverse, un environnement réglementaire caractérisé par des sauvetages de banques ou un laissez-faire négligent est source d'aléa moral. Lorsqu'elles s'attendent à pouvoir compter sur l'aide ou la tolérance des autorités, les banques en difficulté sont encouragées à prendre des risques excessifs parce qu'elles jugent le risque de faillite limité et que, face à l'amenuisement de leur capital, leurs propriétaires sont tentés d'accroître l'effet de levier de leur part de capital décroissante. À la longue, ces pratiques malsaines sapent les assises du système bancaire.
17. Il y a toutefois des situations exceptionnelles où les intérêts du système bancaire exigent de venir à la rescousse d'une ou de plusieurs banques en difficulté, surtout si leur faillite risque fort d'éroder irrémédiablement la confiance du public dans le système bancaire ou dans l'aptitude du secteur financier à servir l'économie.
18. **Soutien financier de l'État.** *Le soutien financier de l'État aux banques doit avoir pour préalable une analyse coûts-avantages minutieuse, mettant en rapport le coût de l'aléa moral et l'avantage lié à une réduction du risque systémique.* D'ordinaire, les banques en difficulté peuvent bénéficier de deux types de financements publics : une aide de la banque centrale comme prêteur de dernier ressort, et un appui financier exceptionnel de l'État.
19. La première de ces formules prend habituellement la forme d'un apport en liquidité par le biais d'un prêt garanti que la banque centrale accorde dans des circonstances exceptionnelles à une banque en difficulté, si celle-ci est encore solvable. Mais cet apport peut aussi prendre d'autres formes ou être assuré par une autre entité. Dans les pays dotés d'un système d'assurance des dépôts, l'organe qui en a la charge est souvent autorisé à fournir à un stade précoce un apport de liquidité aux institutions bancaires couvertes par l'assurance, ostensiblement dans le but de réduire le risque de perte pour l'organe en question.
20. Par définition, l'appui du prêteur de dernier ressort n'est disponible que pour les banques solvables dont les actifs ont une valeur supérieure au montant nominal global de leur dettes. Mais, dans la pratique, la banque centrale n'a pas toujours la possibilité de porter un jugement valable sur la solvabilité d'un établissement bancaire à moins de prendre le temps d'effectuer un audit, ce que l'urgence de la situation rend impossible. On pourrait donc envisager de renverser la charge de la preuve d'insolvabilité en partant du principe que les banques qui sollicitent l'aide du prêteur de dernier ressort sont présumées insolubles à moins qu'elles ne prouvent le contraire.
21. L'aide financière exceptionnelle de l'État (parfois appelée « open bank assistance », ou aide ouverte) est généralement fournie à une banque insolvable pour la renflouer ou pour préparer sa cession dans les cas où l'on juge que sa faillite aurait de graves conséquences pour l'ensemble du système bancaire — soit que la banque en question soit d'une taille trop importante pour faire faillite, soit que cette aide soit nécessaire dans le contexte d'une crise systémique du secteur. Ce type d'aide est habituellement correctif, en ce sens que l'assistance apportée vise à préserver la franchise de la banque sous une forme ou une autre.

22. La raison d'être de l'octroi d'une assistance financière exceptionnelle aux banques insolvable est liée aux conséquences systémiques qu'aurait le fait de ne pas la fournir. L'utilisation des fonds publics pour recapitaliser une banque et l'apport de liquidité pour maintenir le fonctionnement du système de paiement sont des dispositions prises pour éviter ou atténuer les perturbations de l'économie que la faillite d'une ou de plusieurs banques importantes au plan systémique pourrait entraîner. Une décision en ce sens ne doit être prise que lorsque les coûts de la perturbation excèdent ceux liés aux mesures extraordinaires. La charge de la preuve pour ces mesures en faveur des banques en difficulté doit être très élevée, ce qui présuppose que le recours aux fonds publics soit exclu en temps normal. La preuve est plus facile à apporter lors d'une crise bancaire, où il est à l'évidence nécessaire de préserver une partie du système bancaire insolvable pour assurer les fonctions vitales pour l'économie réelle.
23. L'aide publique exceptionnelle à une banque insolvable peut revêtir plusieurs formes. Il peut s'agir, entre autres, d'un prêt de la banque centrale, de l'État, de l'organe d'assurance des dépôts ou de sources commerciales, d'une garantie pour cautionner les prêts émanant d'autres sources, d'un swap d'obligations ou encore d'un apport en capital. Cette assistance est généralement fournie dans le cadre de l'administration provisoire (tutelle), pour garantir son utilisation aux fins prévues.
24. La loi peut stipuler que l'aide ouverte doit être la solution la moins coûteuse par rapport aux autres stratégies de règlement des problèmes des banques en difficulté. Dans bien des cas, cela signifie que ce type d'assistance est celui dont le coût financier est le moins élevé pour les autorités budgétaires. Mais la solution la moins coûteuse financièrement n'est pas nécessairement celle qui est la moins coûteuse au plan économique. La question qui reste donc posée est de savoir si la loi doit fournir une soupape de sécurité autorisant une aide ouverte lorsque le renflouement d'une banque est motivé par des considérations systémiques, alors même que d'autres solutions seraient financièrement moins coûteuses. On peut restreindre les recours abusifs à cette mesure d'exception en instituant un processus restrictif de prise de décision comportant la participation des responsables politiques, qui devront en fin de compte supporter le coût de l'opération.
25. La loi doit stipuler que le prix du soutien financier de l'État sera d'abord supporté par les propriétaires et les dirigeants de la banque. En faisant supporter le coût d'une faillite bancaire par ses propriétaires — du fait de la réduction de leur participation au capital, de la suspension du paiement des dividendes ou de l'imposition de sanctions civiles ou pénales —, on s'assure que les propriétaires ne tireront pas profit de l'aide publique et on réduit l'aléa moral qu'engendre une opération de renflouement pour les autres banques. Les dirigeants de banques coupables de négligence ou d'une faute plus grave doivent être démis de leurs fonctions et tenus de s'acquitter des sanctions imposées. Ces sanctions ne seraient pas justifiées si la faillite est uniquement imputable à des circonstances indépendantes de la volonté des dirigeants, telles qu'une crise économique générale, une guerre ou une catastrophe naturelle.

### 3. Procédures d'administration des banques

26. **Procédures de faillite des banques.** *La loi doit attribuer des pouvoirs clairs et établir des procédures précises pour la prise en main des banques insolvable.* En général, deux types de procédures sont utilisées pour la prise en main des opérations d'une banque insolvable. Les procédures d'administration des banques, qui sont énoncées dans le droit bancaire, comprennent l'administration réglementaire (direction confiée à une autorité de contrôle, directement ou par l'intermédiaire d'un administrateur provisoire ou d'un syndic, sans intervention judiciaire) ou l'administration judiciaire (direction confiée à un administrateur provisoire ou un syndic, désigné et supervisé par le tribunal, habituellement en coopération avec l'autorité de contrôle bancaire).

27. Les procédures de liquidation judiciaire sont régies par une loi générale ou particulière sur l'insolvabilité et mises en œuvre dans le cadre d'une administration judiciaire. Outre le régime formel des faillites, la législation générale en matière d'insolvabilité peut comporter une procédure de redressement de vaste portée, prévoyant notamment la conjugaison d'une administration provisoire et d'une mise en faillite pour les banques (Angleterre, France). Dans les pays où la législation en matière d'insolvabilité s'applique aux banques, la loi comporte souvent des dispositions particulières pour les établissements bancaires, compte tenu de leur situation unique, du rôle de l'autorité de contrôle et de l'intérêt qu'a le public à disposer d'un système bancaire sûr et solide. Ainsi, la loi peut faire intervenir l'autorité de contrôle dans la décision judiciaire relative à la demande d'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre d'une banque.
28. Plusieurs pays soumettent les banques à des procédures d'administration dans le cadre du droit bancaire et à des procédures judiciaires de faillite dans le cadre de la législation générale sur l'insolvabilité (Australie, Autriche, Danemark, France, Pays-Bas, Suisse) ou d'une loi particulière sur l'insolvabilité pour les institutions financières (Canada). Dans ces pays, la loi devrait exclure ou réglementer les procédures coexistantes. Dans certains autres pays, les banques sont exclues des procédures judiciaires de faillite et ne peuvent être soumises qu'à l'administration réglementaire dans le cadre du droit bancaire (États-Unis, Italie, Norvège) ou à l'administration judiciaire dans ce même cadre (Luxembourg). Dans un autre groupe de pays encore, les procédures de faillite judiciaires sont les seules applicables aux banques, à l'exclusion des procédures d'administration (Allemagne, Angleterre, Belgique).
29. **Rôle du pouvoir judiciaire.** *Le rôle du pouvoir judiciaire dans la mise en place et la supervision de l'administration provisoire et de la mise en liquidation pour les banques insolvable doit être calibré par la loi pour tenir compte des intérêts des propriétaires et des créanciers de la banque et de ceux de l'autorité de contrôle, de la nécessité d'agir rapidement dans les cas d'urgence, et des traditions socio-juridiques du pays concerné.* Assumer le contrôle d'une banque est une forme d'ingérence qui a pour effet de limiter ou de supprimer le droit des propriétaires de contrôler la direction de l'établissement et qui conduit donc à s'interroger sur la nécessité d'une intervention judiciaire. La question n'est pas tant de savoir si les propriétaires d'une banque insolvable doivent perdre le droit de diriger leur banque — à l'évidence, cela va de soi —, mais de savoir si le jugement concernant l'insolvabilité de la banque doit être laissé à la discrétion de l'autorité de contrôle, sans que le pouvoir judiciaire ait son mot à dire. Les processus de prise de décision des autorités de réglementation n'offrent généralement pas les garanties juridiques offertes par les procédures judiciaires. Même lorsque les propriétaires d'une banque peuvent faire appel des décisions de l'autorité de contrôle ou de l'administrateur devant des tribunaux, ce sont des procédures qui prennent souvent du temps et qui n'entraînent pas la suspension des décisions de l'autorité de contrôle pendant qu'elle font l'objet d'un recours. Un argument analogue peut être avancé pour ce qui concerne les droits des créanciers de la banque une fois que l'autorité de contrôle a pris la direction des affaires de l'établissement. Bien que l'administration judiciaire offre de meilleures garanties aux propriétaires et aux créanciers de la banque, c'est une procédure qui demande du temps et, dans bien de cas, elle ne permet pas à l'autorité de contrôle de prendre les mesures rapides qu'impliquent les intérêts systémiques lorsqu'une banque se révèle insolvable. En outre, dans certain pays, on ne saurait compter sur l'impartialité du pouvoir judiciaire pour faire la part des intérêts concurrents de l'autorité de contrôle, des propriétaires et des créanciers des établissements bancaires.
30. Entre toutes ces considérations, certains pays donnent la préférence aux intérêts systémiques et autorisent l'autorité de contrôle à prendre en main les affaires des banques insolvable sans intervention du pouvoir judiciaire. Dans d'autres, dotés d'un pouvoir judiciaire indépendant, la

mise en liquidation judiciaire (et parfois l'administration provisoire) est considérée comme une telle ingérence et ses incidences sur les droits des actionnaires et des créanciers sont jugées si sérieuses que la loi soumet cette procédure à l'administration judiciaire dans le cadre du droit bancaire ou des procédures judiciaires d'insolvabilité.

31. Parvenir au juste équilibre entre le souci de préserver la solidité du système bancaire, qui exige le plus souvent des autorités qu'elles agissent d'une manière très rapide et confidentielle, et la nécessité de protéger les intérêts des propriétaires et créanciers des banques est l'objectif qui doit dicter le choix entre une mise en liquidation sous la supervision de l'autorité de contrôle ou sous celle du pouvoir judiciaire. Le cadre réglementaire ne sera justifié que si les considérations systémiques l'emportent sur les intérêts des propriétaires et des créanciers. Dans les pays où une décision judiciaire immédiate ne peut être obtenue en cas d'urgence, une décision réglementaire extra-judiciaire sera justifiée si une banque fait faillite de façon imprévue et si la mise en liquidation permet de transférer rapidement ses activités à un autre établissement dans le cadre d'une cession ou d'une fusion. Le même argument vaut s'il y a des raisons urgentes de prendre immédiatement en main les opérations d'une banque pour mettre fin à des activités criminelles (blanchiment d'argent) ou pour mettre les actifs de l'établissement à l'abri et empêcher ainsi leur dilapidation par des propriétaires ou dirigeants malhonnêtes. Par contre, lorsqu'il existe des procédures judiciaires accélérées, l'argument systémique en faveur d'une décision extra-judiciaire par l'autorité de contrôle perd beaucoup de sa force.
32. À mesure que les banques insolubles s'approchent de la liquidation et que la possibilité d'un transfert ou d'une restructuration rapide de leurs activités s'éloigne, il devient plus souhaitable de favoriser la protection des droits des créanciers dans le cadre d'une liquidation judiciaire. L'argument en faveur d'une tutelle judiciaire ex ante devient même plus fort lorsque la liquidation est administrée par l'organe d'assurance des dépôts (États-Unis, Norvège). Cet organe étant un créancier majeur de la banque, il ne faut pas s'attendre à ce qu'il prenne des décisions impartiales au sujet des droits des autres créanciers de la banque.
33. **Critères d'insolvabilité des banques.** *La loi doit définir, d'une manière appropriée pour les établissements bancaires, quand une banque est à considérer comme insolvable et peut être placée sous la responsabilité d'un administrateur ou d'un syndic de faillite.* Les principales raisons qui motivent la prise en main des opérations d'une banque sont souvent basées sur l'insolvabilité effective ou imminente de l'établissement. En droit bancaire, trois types de tests sont utilisés pour déterminer l'insolvabilité d'une banque. En cas d'insolvabilité liée à un défaut de liquidité, ce qui relève de la loi générale sur l'insolvabilité, une banque peut être considérée comme insolvable quand il est établi qu'elle n'est pas en mesure d'honorer ses obligations à mesure qu'elles arrivent à échéance, et qu'il n'y a aucune chance qu'elle puisse le faire. Dans le cas d'une insolvabilité liée aux comptes de bilan, une banque peut être considérée comme insolvable lorsque son bilan fait apparaître un déficit. Comme les signaux de détresse générés par l'un et l'autre tests apparaissent trop tardivement pour pouvoir être d'utilité dans le contexte de la réglementation bancaire, des tests réglementaires d'insolvabilité sont utilisés comme un signal d'alerte précoce. Une banque peut donc être considérée comme insolvable lorsqu'elle ne satisfait plus aux minimums fixés par les normes prudentielles de fonds propres, qui fournissent aux banques une marge de sécurité financière.
34. Du fait que le test d'insolvabilité au regard de la réglementation fait sentir ses effets bien avant que la banque ne remplisse les critères classiques d'insolvabilité et ne devienne incapable de remplir ses obligations, le législateur doit veiller à ce que la décision de l'autorité de contrôle, quelle qu'elle soit, soit à la mesure du degré de gravité de la diminution du capital au regard des normes réglementaires. On peut, pour cela, prescrire une série de mesures correctives modulées en fonction du degré de non-conformité aux normes. Les mesures les plus radicales, tels que la prise en main des affaires d'une banque par l'intermédiaire d'un administrateur provisoire ou

d'un syndic, doivent être réservées aux cas les plus graves d'insuffisance du capital au regard des normes réglementaires.

35. **Pouvoirs et responsabilités des administrateurs provisoires et des syndics de faillite.** *La loi doit définir clairement les pouvoirs des administrateurs et des syndics de faillite désignés pour les banques insolubles.* Les administrateurs et les syndics de faillite nommés pour les banques insolubles doivent être tenus de mettre au point des plans d'action et de les suivre. Un plan d'action qui définit la nature et le champ des pouvoirs et des activités de l'administrateur ou du syndic de faillite permet de s'assurer que ces pouvoirs et ces activités obéissent aux considérations prudentielles qui ont conduit à la décision de prendre en main les opérations de la banque. Il rend en outre l'administrateur ou le syndic de faillite plus responsable de ses actions.
36. Après avoir évalué la situation financière de la banque insoluble, l'administrateur ou le syndic soumettra à l'autorité de contrôle ou au tribunal un rapport sur les options envisageables pour l'établissement, les principales étant sa restructuration, le transfert définitif de tout ou partie de ses activités à une autre institution dans le cadre d'une cession ou d'une fusion, ou sa liquidation. Il fournira, pour chaque option, une évaluation de ses chances de succès, un calcul coûts-avantages (aux plans économique, social et financier) ainsi qu'une estimation de la période d'exécution. Si le rapport envisage une aide budgétaire, la question devra être examinée avec les autorités de l'État. Un plan de restructuration bancaire peut avoir besoin de l'aval des propriétaires si leur assentiment est nécessaire pour le plan de recapitalisation. Étant donné que la prise en main des opérations d'une banque est décidée pour des raisons systémiques, les considérations systémiques doivent guider le choix entre le renflouement de la banque pour son maintien en activité et sa fermeture, une banque insoluble ne devant être renflouée que si sa faillite doit avoir des conséquences systémiques graves. Cet objectif systémique est à mettre en balance avec les intérêts des créanciers de la banque, y compris ceux de l'organe d'assurance des dépôts. En général, les créanciers d'une banque peuvent espérer être remboursés dans les mêmes proportions que s'il s'agissait d'une liquidation classique.
37. Dans plusieurs pays (Canada, États-Unis, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas), le droit bancaire offre la possibilité de recourir soit à l'administration provisoire, soit à la nomination d'un syndic de faillite pour la prise en main des opérations des banques insolubles. Dans d'autres pays, le droit bancaire ne prévoit que l'administration provisoire (Australie, Autriche, Portugal, Suisse) ou le syndic (Danemark, Norvège).
38. Les administrateurs provisoires et les syndics de faillite doivent être tenus par la loi de prendre rapidement en main l'administration des actifs, des livres et des écritures comptables des banques pour lesquelles ils ont été nommés, au besoin avec l'aide de la police. Pour le reste, les pouvoirs et attributions des administrateurs et des syndics présentent des différences fondamentales qui correspondent au fait que leurs objectifs et le degré de supervision judiciaire qui leur est confié ne sont pas les mêmes.
39. L'administration provisoire consiste généralement à nommer un ou plusieurs administrateurs provisoires pour gérer la banque afin de respecter les règles prudentielles ou de préserver la valeur de l'établissement pendant les préparatifs de sa liquidation ou du transfert de ses activités à une autre institution dans le cadre d'une cession ou d'une fusion. Comme un administrateur provisoire opère au sein la structure de la banque en tant que société, un élément fondamental à prendre en considération lors de la définition des pouvoirs de l'administrateur est la mesure dans laquelle ces pouvoirs l'emportent sur ceux des propriétaires et des dirigeants de la banque.
40. Au minimum, le droit bancaire doit disposer que l'administrateur provisoire assume tous les pouvoirs des dirigeants de la banque. Les propriétaires de banques sous administration

provisoire conservent d'ordinaire leurs droits, à certaines exceptions près. La loi peut restreindre l'exercice des droits de propriété en autorisant l'administrateur provisoire à opposer son veto aux décisions des actionnaires et autoriser l'organe de contrôle à soumettre les décisions prises lors des assemblées des actionnaires à l'approbation préalable de l'administrateur provisoire. La loi peut habiliter les tribunaux à ordonner aux propriétaires des banques de céder leurs actions, ou décider que les droits de vote des actionnaires seront exercés par un administrateur nommé par le tribunal (France). Elle stipule parfois que l'ordre de nommer l'administrateur provisoire a pour effet général de suspendre les fonctions des assemblées des actionnaires (Italie). Ou elle peut simplement transférer les pouvoirs des propriétaires de la banque à l'administrateur provisoire (États-Unis).

41. Dans beaucoup de pays, l'administration provisoire est une forme d'administration réglementaire (Australie, Canada, États-Unis, France, Italie, Pays-Bas). Les administrateurs provisoires sont nommés par l'autorité de contrôle, et leurs activités ne sont pas soumises à la supervision judiciaire. Dans d'autres pays, l'administration provisoire est instituée et supervisée par le pouvoir judiciaire (Autriche, Luxembourg, Suisse). Dans les pays où la législation générale sur l'insolvabilité s'applique aux banques, la loi peut inclure des procédures de redressement qui prévoient une forme judiciaire de l'administration provisoire.
42. Dans le cas d'une mise en liquidation, un syndic de faillite prend généralement en main toutes les activités de la banque pour la restructurer en attendant sa cession ou sa fusion, ou pour procéder à sa fermeture et à sa liquidation. L'objectif est de minimiser les effets systémiques de la faillite de la banque tout en maximisant sa valeur pour ses créanciers, soit en préservant les activités qui sont importantes pour le système bancaire, soit en liquidant la banque si la poursuite de ses activités ne s'impose pas.
43. La mise en liquidation a pour effet de mettre fin aux droits des propriétaires sur leur banque, si ce n'est légalement dans certains cas, tout au moins d'un point de vue économique. S'il en est ainsi, c'est non seulement pour empêcher les propriétaires de profiter indûment des crédits de l'État, mais aussi, du fait qu'il n'est plus nécessaire d'obtenir l'assentiment des actionnaires, pour faciliter la mise en œuvre des mesures financières, notamment le transfert des activités de la banque, en vue de maximiser la valeur de l'établissement pour ses créanciers.
44. Dans ces conditions, le syndic assume en général les pouvoirs des propriétaires de la banque, ainsi que ceux de ses dirigeants. La loi peut donc prescrire que les pouvoirs des organes de la banque soient exercés exclusivement par le syndic, ou que les organes de la banque soient suspendus ou rendus inopérants et que le syndic assume les pouvoirs qui leur ont été conférés. Dans certains pays, les pouvoirs du syndic englobent les pouvoirs exceptionnels d'un liquidateur judiciaire tels que celui de transférer des dettes et de donner aux décisions concernant la prise en charge des obligations liées aux dettes force obligatoire pour les créanciers, sans leur accord (États-Unis, Italie, Pays-Bas). Dans plusieurs, la mise en liquidation peut être effectuée dans le cadre de l'administration de l'autorité de contrôle (Danemark, Espagne, États-Unis, France, Italie, Norvège). Dans d'autres encore, elle est soumise à l'administration judiciaire (Luxembourg, Pays-Bas).
45. **Dispositions particulières régissant l'insolvabilité des banques.** *Si les banques insolubles sont soumises aux régime général de l'insolvabilité, la législation en question doit inclure des dispositions pour servir les intérêts particuliers du système financier.* Si les banques sont soumises aux procédures générales d'insolvabilité, la loi doit prescrire que ces procédures ne soient engagées qu'à la demande ou avec le consentement de l'autorité de contrôle, afin d'éviter qu'elles ne le soient à l'encontre de banques qui devraient être renflouées pour des raisons systémiques. La loi pourra spécifier que ce consentement puisse être refusé uniquement

pour des raisons systémiques et si les autorités monétaires garantissent qu'un soutien financier exceptionnel est disponible pour couvrir le déficit de la banque concernée.

46. *Effets des décrets relatifs à l'insolvabilité des banques sur les systèmes de paiement.* À moins que la loi n'en dispose autrement, une décision de justice ouvrant une procédure d'insolvabilité à l'encontre du banque — et l'interdiction de disposer des actifs de la banque qui en résulte aux termes de la loi — prend en général effet au début de la journée où cette décision est prise. Les paiements et les transferts de titres effectués pendant cette journée par la banque et ses agents, et notamment l'exécution des ordres de paiement et de transfert donnés antérieurement, sont, en principe, frappés de nullité ou annulables aux termes de la loi. Pour que les ordres de paiement et de transfert frappés de nullité ou annulables ne soient pas exécutés par des systèmes de paiement et de transfert dans l'ignorance de la décision d'insolvabilité, ce qui impliquerait que ces systèmes annulent les transactions et créerait des problèmes majeurs pour les systèmes à règlement net, la loi doit garantir la validité continue des ordres de transferts de paiements et de titres entrés dans le système de paiement ou de transfert avant la transmission de la décision de faillite, quel que soit le moment où ils ont été exécutés. Une protection supplémentaire peut être fournie pour les ordres entrés dans le système après la transmission de la décision d'insolvabilité, à condition que les ordres soient exécutés le jour de la décision et que les responsables du système de paiement et de transfert n'aient pas été au courant de cette décision (Directive 98/26/EC de l'Union européenne).
47. *Compensation de groupe.* De plus en plus, les banques font affaire avec d'autres établissements bancaires (y compris des institutions financières non bancaires). Ces opérations entrent souvent dans le cadre de relations d'affaires de longue durée. Pour une bonne part, elles prennent la forme d'opérations au comptant, de swaps, d'options et de transactions à terme sur les devises et les taux d'intérêt que les banques concluent avec d'autres banques pour leur propre compte à et leurs risques ou au risque de leurs clients, ce qui nécessite des échanges de paiements de la part des deux parties. Ces échanges peuvent être gérés dans le cadre d'arrangements bilatéraux (un pour chaque banque et chaque contrepartie), afin de compenser ou de déterminer sur une base nette les droits et obligations de chaque paire de banques. Ce type d'opérations permet de réduire à tout moment le montant des engagements mutuels de chaque paire de banque pour le ramener à un solde unique net payable par l'un des établissements à l'autre. Ces arrangements prennent souvent la forme d'un accord-cadre qui précise les catégories de transactions et les conditions de compensation et de règlement des paiements entre les deux banques. Les accords comportent des dispositions qui régissent la résiliation du contrat et la liquidation du compte de compensation en cas de défaillance ou de faillite de l'une des banques.
48. Par ce biais, les banques réduisent leurs engagements mutuels et leur risque de défaillance envers les systèmes de paiement en convertissant ce qui serait autrement un double flux de paiements entre les deux établissements concernés en un paiement net d'une banque à l'autre. Ainsi se trouve réduit le risque que présente pour un système de paiement la défaillance de l'une des banques liée à un grand nombre de paiements d'un montant important, puisqu'elle n'a à régler qu'un solde net d'un montant bien moins élevé.
49. La législation en matière de compensation stipule habituellement que les obligations mutuelles exigibles et payables sont acquittées automatiquement. Par conséquent, les dettes mutuelles des deux banques qui deviennent exigibles et payables sont liquidées par la compensation avant que la procédure d'insolvabilité ne soit engagée à l'encontre de l'une des banques, et ne sont normalement pas couvertes par la procédure d'insolvabilité. Mais les accords-cadres entre les institutions financières vont généralement au-delà de la règle générale de compensation et comportent aussi des clauses de compensation avec déchéance du terme, qui permettent de ramener à une base nette des obligations de paiement qui seraient devenues exigibles et payables après l'engagement de la procédure de faillite à l'encontre de l'une des institutions.

Cela soulève la question de savoir si ces arrangements étendus de compensation avec déchéance du terme peuvent être reconnus valides en cas de faillite ou si les principes généraux de la loi sur l'insolvabilité pourraient impliquer que chacune des branches de ces obligations mutuelles soit dissociée des autres et soit portée séparément en plus ou en moins de la masse de faillite de la banque. Cette question est d'un intérêt pratique car, en l'absence de compensation avec déchéance du terme, les créanciers d'une banque insolvable auraient à payer la totalité de leur dette à la masse de faillite, alors qu'ils ne reçoivent habituellement qu'une fraction de leurs créances sur la banque. Par contre, si les accords de compensation avec déchéance du terme échappent aux effets juridiques de l'insolvabilité, un créancier aura le droit de ramener à une base nette le montant global de ses créances sur la banque et de ses obligations envers elle, ce qui ne laissera qu'un solde à payer à la masse de faillite ou à recevoir sur cette masse de faillite.

50. Pour exclure la compensation avec déchéance du terme des effets de l'insolvabilité, il faut amender la loi sur l'insolvabilité, comme l'ont fait plusieurs pays (Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Canada, États-Unis, France, Luxembourg, Norvège, Suisse). Bien que ces dispositions permettent de protéger les systèmes bancaires et de paiement, elles créent un régime préférentiel particulier pour les créances des banques créancières et d'autres institutions financières par rapport aux créances d'autres catégories de créanciers des banques. Les créanciers financiers qui bénéficient des arrangements de compensation peuvent utiliser le montant global de leurs créances sur une banque insolvable pour réduire leurs obligations à l'égard de l'établissement mis en liquidation, tandis que les autres créanciers qui ont des dettes envers cet établissement et des créances sur lui doivent payer la totalité de leurs obligations lorsqu'elles sont exigibles, tout en ne pouvant espérer qu'un paiement partiel de leurs créances à une date future. Cette inégalité de traitement entre les créanciers financiers et les créanciers non financiers des banques en faillite ne peut se justifier que par les risques systémiques, qui ne seraient pas couverts autrement, et seulement dans la mesure requise pour couvrir ces risques.

#### 4. Procédures de liquidation des banques

51. **Fusions.** *La loi doit prévoir des procédures de liquidation des banques incluant les fusions, les opérations de rachat et reprise, la mise en place et l'utilisation de banques-relais et la liquidation forcée.* Une fusion consiste à céder les parts de capital d'une banque (insolvable) à une autre banque (solvable). Les principaux avantages de la fusion sont de quatre ordres : cette opération s'appuie sur le fait que l'acquisition de la franchise d'une banque existante est intéressante pour d'autres banques désireuses de développer leurs activités ; la plupart des activités de la banque en faillite peuvent continuer, même sous le couvert d'une autre institution, ce qui évite des perturbations dans les services bancaires et les systèmes de paiement, de compensation et de règlement ; le prix de cession de la banque peut inclure la valeur de sa franchise ou de son fonds commercial, ce qui ne pourrait être récupéré en cas de liquidation ; et le transfert global des avoirs et dettes est plus efficace qu'une liquidation classique de banque, qui implique un traitement séparé des éléments d'actif et de passif. Le principal risque inhérent aux fusions bancaires tient au fait qu'une banque par ailleurs solide sera sensiblement affaiblie par le rachat d'une banque insolvable ou sous-capitalisée. C'est pourquoi les autorités monétaires doivent parfois faciliter les fusions des banques insolubles par des arrangements financiers qui compensent le risque inhérent à l'acquisition d'une entité insolvable.
52. **Opérations de rachat et reprise.** Ces opérations constituent peut-être la technique la plus courante pour réaliser la valeur d'exploitation de la banque pour les créanciers d'un établissement insolvable. Alors que la fusion s'effectue par cession d'actions, l'opération de rachat et reprise consiste à vendre les actifs d'une banque et à transférer ses dettes en vue d'une reprise, chaque opération pouvant nécessiter des dispositions juridiques différentes.

53. Il est parfois nécessaire d'offrir certaines incitations à l'acquéreur pour faciliter la transaction de rachat et de reprise. L'organe d'assurance des dépôts pourra être amené à couvrir le déficit entre l'actif et le passif de la banque en faillite, déduction faite de sa valeur de franchise. Dans certains cas, on ne trouvera aucune institution prête à se porter acquéreur des éléments d'actif et de passif de la banque en faillite, du fait que la transaction est engagée trop tôt pour qu'il soit possible d'évaluer ces éléments et que les banques, comme on peut le comprendre, répugnent à acquérir des dettes d'un montant indéterminé. Deux techniques ont été élaborées pour remédier à ce problème. L'une est l'opération de rachat et reprise dite « de bonne banque » (*clean bank*), dans laquelle seuls les actifs « sains » et les dettes « connues » sont transférés. Les actifs « douteux » et les dettes d'un montant indéterminé peuvent être transférés à une société de gestion de portefeuille, appelée en l'occurrence « mauvaise banque » (*bad bank*), pour être traités séparément. L'autre technique fait intervenir l'organe d'assurance des dépôts, qui vend à la banque acquéreuse une option de vente permettant à cette dernière de rendre à l'organe d'assurance, pendant une période déterminée, certains actifs à un prix convenu.
54. Les opérations de rachat et reprise comprennent le transfert et la reprise des dettes d'une banque. Le droit des obligations dispose en général que la reprise de dettes par une tierce partie ne saurait lier les créanciers sans leur consentement. L'obtention du consentement de tous les créanciers d'une banque dans le cadre d'une opération de rachat et reprise prend un certain temps, ce qui retarde d'autant le bouclage de la transaction. C'est pourquoi la loi autorise le syndic d'une banque insolvable à transférer les dettes de l'établissement ou à trouver une procédure pour effectuer ce transfert — sans le consentement des créanciers.
55. **Banques-relais.** Certains pays ont recours à des banques-relais dans le cadre de la mise en liquidation. Quand une ou plusieurs banques sont insolvable ou risquent de le devenir, l'organe d'assurance des dépôts peut mettre sur pied une nouvelle banque à laquelle l'autorité de contrôle devra accorder une charte (banque-relais). Ce pouvoir peut être utilisé pour faciliter la cession de grosses banques qui ont déjà fait l'objet d'une intervention de la part de l'autorité de contrôle. Une fois créée, la banque-relais continue de diriger les opérations de la banque en faillite, dont les propriétaires n'ont plus alors qu'une entreprise qui est une coquille vide. Pour les déposants et les autres clients de la banque, la transition entre la banque en faillite et la banque-relais est parfaitement imperceptible car, sur un plan pratique aussi bien qu'économique, la banque n'a jamais fermé ses portes.
56. Les pouvoirs d'une banque-relais permettent à l'organe d'assurance des dépôts de stabiliser une grosse banque confrontée à des retraits massifs de dépôts, d'assainir son bilan par le recours à la mise en liquidation et de lancer un appel d'offres dans le cadre duquel les parties intéressées peuvent effectuer un contrôle préalable (*due diligence*) avant de faire une offre pour la banque-relais, dans le cadre d'une opération de rachat et reprise de la totalité de la banque ou des éléments sains d'actif et de passif, et sans interférence des propriétaires de la banque en faillite. La banque-relais est alors fermée une deuxième fois ; si elle a été cédée dans le cadre d'une transaction portant sur les éléments sains, l'organe d'assurance des dépôts administre une deuxième mise en liquidation pour les actifs et les dettes qui n'ont pas été vendus.
57. **Liquidation forcée.** La liquidation forcée d'une banque conduit à liquider tout ou partie d'une banque insolvable qui ne peut être redressée ou bénéficier de l'une ou l'autre des procédures de liquidation décrites précédemment. Elle s'effectue généralement par la liquidation des actifs et le règlement des dettes. La liquidation forcée des banques insolvable doit être régie par des règles compatibles avec la législation générale sur l'insolvabilité.
58. **Agrément.** *La loi doit donner à l'autorité de contrôle le pouvoir exclusif d'accorder et de révoquer l'agrément d'une banque.* En général, l'autorité de contrôle a le pouvoir exclusif de révoquer l'agrément des banques. Il y a à cela de bonnes raisons. Permettre à un organe autre

que l'autorité de contrôle de révoquer l'agrément des banques entraîne généralement un affaiblissement de la notion de responsabilité. Et si l'organe en question fait partie de l'establishment politique, le système risque d'être soumis à des ingérences politiques. Dans certains pays, la loi tente d'opérer un compromis en stipulant qu'un agrément ne peut être révoqué que sur la recommandation de l'autorité de contrôle des banques. Cependant, le problème ne tient pas à la révocation induite de l'agrément d'un nombre excessif de banques, mais au fait que la révocation intervient trop rarement au regard de ce qui aurait dû être. La décision de restreindre le pouvoir de l'autorité de contrôle en matière de révocation d'agrément en soumettant sa décision à l'accord d'une autre autorité est également contestable. Bien que ce partage des responsabilités puisse fonctionner dans les pays très disciplinés sur le plan politique, il est rarement efficace dans la plupart des autres.

59. L'insolvabilité ne suffit pas toujours pour justifier la révocation d'un agrément bancaire — pas plus qu'une décision judiciaire ne suffit pour engager une procédure de faillite. La raison en est que la banque peut toujours être renflouée ou transférée à une autre institution. La question reste donc posée de savoir si la loi doit accorder un pouvoir discrétionnaire à l'autorité de contrôle en donnant une définition large des motifs de révocation de l'agrément et en laissant des possibilités d'appréciation des circonstances dans chaque cas. Même si une banque se révèle insolvable, on peut faire valoir que l'autorité de contrôle doit avoir le pouvoir de lui laisser son agrément — par exemple, lorsque la banque est jugée trop importante pour pouvoir faire faillite ou lorsque, dans un contexte de crise bancaire systémique, l'application aveugle des règles entraînerait l'effondrement de l'ensemble du système bancaire.

## ANNEXE II : INSOLVABILITE ET CRISES SYSTEMIQUES

1. Les crises systémiques exigent des ressources publiques suffisantes, des réformes en profondeur des institutions, des règles du jeu et des comportements, une évaluation précoce et systématique de l'ampleur du problème, l'élaboration d'une stratégie globale et des mesures rapides. L'approche suivie doit être globale et doit remédier aux problèmes de flux et de stocks des banques et des entreprises insolvables. Il convient de réorganiser et d'appliquer correctement les politiques et procédures de sortie du marché — pour les entreprises comme pour les institutions financières. L'État pourra devoir fournir des fonds aux banques viables, mais cela ne doit pas empêcher les injections privées de capital. Des mécanismes extraordinaires — procédures extra-judiciaires institutionnalisées, mécanismes structurés d'absorption des pertes — peuvent être nécessaires pour accélérer la restructuration des sociétés. Le transfert des prêts improductifs du bilan d'une banque à un organisme de recouvrement des créances peut atténuer les problèmes de stock des banques, mais il comporte des risques. Aux réformes nécessaires de la réglementation doivent faire pendant des réformes fondamentales en fonction des réalités politiques et sociales.
2. La restructuration systémique est une entreprise difficile, qui engendre souvent un aléa moral. Les modalités d'une telle restructuration sont fonction de la situation d'un pays, et notamment de son contexte macroéconomique, de sa situation budgétaire et de celle de ses financements extérieurs, ainsi que de la qualité de ses institutions. S'il n'existe pas de solution universelle, il n'y a d'autre possibilité qu'une solution globale et intégrée. Face à toute crise financière, forger un consensus social et politique est d'une importance capitale pour pouvoir mener à bien les programmes. La restructuration systémique implique une redistribution de la richesse et des leviers de commande, et elle implique aussi de déterminer la façon dont les coûts seront répartis entre l'État, les actionnaires des banques et des entreprises, et les investisseurs et prêteurs étrangers. Et cela est inévitablement une question politique et sociale de première importance.

### 1. Contexte des crises systémiques

3. Depuis la fin des années 70, il y a eu au moins 112 crises systémiques dans 93 pays. Ces crises ont eu des conséquences budgétaires extrêmement préjudiciables, tant en termes de PIB que sur d'autres plans économiques et sociaux. Elles ont eu des origines multiples. Une part substantielle est imputable au népotisme (ingérences politiques excessives, prêts de faveur) et aux excès qui en découlent en matière d'emprunts. La panique des investisseurs étrangers a joué un rôle dans les crises qui ont frappé des pays d'Amérique latine dans les années 80 et dans la crise des années 90 en Asie de l'Est, et un processus de libéralisation prématuré peut être invoqué dans bien des cas. Les problèmes d'ordre macroéconomique ont aussi été fréquents, surtout les détériorations des termes de l'échange ou les récessions. Il reste que les crises sont généralement la manifestation de faiblesses au niveau du secteur financier et de celui des entreprises qui rendent le pays concerné particulièrement sujet à ce type d'événement. Quand ces faiblesses se conjuguent à un manque de volonté politique pour la prise des mesures devant permettre de redresser la barre à temps, on aboutit à une crise systémique qui affecte le public en général et les plus démunis en particulier.
4. Dans le secteur financier, outre l'absence de mesures de la part des propriétaires d'établissements pour imposer une discipline à leurs dirigeants (en particulier au niveau des banques d'État), les incitations allant dans le sens de pratiques bancaires prudentielles sont le plus souvent insuffisantes. Par ailleurs, les limites de prêt sont mal conçues et peu respectées. Les méthodes de classification des actifs et les règles régissant la constitution de provisions pour les créances irrécouvrables ne répondent pas aux normes internationales. On note en outre une absence de politiques de sortie claires pour les institutions financières en difficulté. Les

pays en proie à des crises systémiques ont souvent d'énormes lacunes au niveau de leurs cadres et de leurs pratiques de réglementation, de surveillance, de comptabilité, d'audit et de divulgation de l'information. Dans bien des cas, les informations et les états financiers ne sont pas fiables ni à jour. Enfin, les mesures prises pour faire appliquer les lois et règlements peuvent être pitoyablement insuffisantes.

5. Il est fréquent de voir des systèmes financiers peu solides protéger des entreprises peu performantes en continuant d'accorder des prêts. Les crises peuvent ainsi être précédées d'une période prolongée de surinvestissement, financé par des emprunts, dans des compagnies et marchés à faibles marges ou déficitaires. La rentabilité et les profits des entreprises peuvent être réduits et sur le déclin, l'endettement en augmentation et la couverture des intérêts en recul. Le déclenchement d'une crise systémique s'inscrit en général dans un contexte marqué par les difficultés d'un grand nombre d'entreprises. Des fluctuations monétaires et des taux d'intérêt, de fortes baisses de la demande et d'autres chocs économiques peuvent déclencher la crise ou suivre de près son apparition et aggraver les résultats des entreprises. La suspension subite des remboursements d'emprunts des entreprises entraînera rapidement une décapitalisation des institutions financières, et la valeur des actifs des sociétés, de même que celle du nantissement des banques, s'effondrera. Les efforts désespérés des institutions financières pour préserver leur liquidité en exigeant le remboursement immédiat de leurs prêts et en refusant l'octroi de nouveaux prêts ou le refinancement de ceux en cours peuvent provoquer une crise du crédit. Tous ces facteurs menacent la survie des entreprises solides comme des entreprises fragiles. Malgré les mesures d'urgence prises pour préserver la liquidité des institutions financières, leur décapitalisation rapide risque de les conduire à la faillite.

## 2. Restructuration systémique : problèmes et conditions

### RESTRUCTURATION DU SECTEUR FINANCIER

6. **Phase d'endiguement.** *Pendant la phase d'endiguement d'une crise systémique qui est en train de prendre de l'ampleur, des mesures particulières doivent être prises pour protéger le système financier et limiter le coût budgétaire de la solution envisagée.* Dans les premiers stades de toute crise, il faut opérer des choix cruciaux qui affectent la stabilité du système financier et déterminent l'importance de la restructuration qui suivra, ainsi que le coût budgétaire de la sortie de la crise. L'expérience de différents pays fournit des indications sur les mesures à prendre pendant cette phase d'endiguement. Il faut : s'abstenir de fournir des liquidités à une banque de façon régulière avant que le dispositif de surveillance soit plus qu'adéquat ; éviter de fermer une banque au milieu d'une crise systémique, à moins qu'une stratégie crédible n'ait été adoptée pour sortir de la crise ; ne pas annoncer la mise en place d'un dispositif global de garantie des dépôts si les déposants ne font que chercher à replacer leurs fonds auprès des composantes du système atteignant un bon niveau de qualité ; et s'abstenir de prendre de mesures radicales, sauf dans le cadre d'un plan cohérent et réalisable. Ce que les gouvernements doivent plutôt faire, c'est d'imposer des contraintes rationnelles aux institutions financières et de modifier les méthodes de distribution du crédit.
7. *Suspensions, garanties et limites.* Dans bien des cas, il est impossible ou peu rationnel au plan économique de fermer ou de suspendre un vaste segment du secteur financier. La fermeture brutale d'établissements bancaires dans un climat d'incertitude généralisée peut pousser les déposants à retirer plus vite et plus largement encore leur épargne. Elle a aussi pour effet de perturber les relations entre banques et emprunteurs en tarissant l'octroi de nouveaux prêts ou en incitant les emprunteurs à cesser de rembourser les anciens prêts. Les autorités ne doivent pas non plus recourir à la solution de fortune qui consiste à offrir des garanties aux déposants et aux créanciers pour contenir la perte de confiance, sans avoir évalué tous les facteurs à prendre

en ligne de compte. D'ailleurs, ces garanties peuvent même rester sans effet si les problèmes ont pris beaucoup d'ampleur et si l'État ne dispose pas des ressources et des moyens nécessaires à cette fin — ce qui peut transformer les retraits massifs des déposants en panique monétaire.

8. Une infrastructure juridique et institutionnelle permettant de prendre des mesures correctives rapides doit être en place avant une crise afin de fournir des indications claires sur toute intervention, et notamment sur l'ordre de priorité des créances et les procédures utilisées pour le transfert des prêts productifs. Si ce n'est pas le cas, les banques en faillite ne peuvent être autorisées à reprendre leurs activités sans être suffisamment capitalisées, et les actionnaires ne peuvent être indemnisés pour les pertes qu'ils ont subies. Les pays doivent plutôt nommer un administrateur de biens pour les banques en faillite ou élaborer des arrangements contractuels permettant à l'État de conserver une partie du capital pendant une période transitoire.
9. *Apport de liquidité.* Au début d'une crise, il importe de faire cesser les apports d'argent frais aux emprunteurs bancaires en état de cessation de paiement, et les nouveaux prêts aux institutions insolubles ne doivent être autorisés que lorsqu'ils sont nécessaires pour assurer la continuité du système de paiement. Les incitations des dirigeants et des actionnaires changent lorsqu'une institution financière devient insolvable : les dirigeants n'ont aucun intérêt à gérer l'institution sur des bases viables, et il n'est pas rare qu'ils siphonnent rapidement ses ressources — en particulier les apports de liquidités de la banque centrale. Le coût s'alourdit lorsque les autorités sont incapables (ou peu désireuses) d'arrêter la ponction de ressources sur les institutions financières insolubles depuis longtemps. Une surveillance rigoureuse de la part de l'autorité de contrôle est nécessaire pour faire cesser ce qui est en fait un pillage des banques par leurs dirigeants et propriétaires.
10. **Restructuration systémique.** *Les crises systémiques exigent un soutien actif mais équilibré de l'État, accompagné d'un plan détaillé à moyen terme reposant sur un diagnostic approprié et la participation de tierces parties, le tout devant s'inscrire dans le cadre de politiques macroéconomiques saines.* Les expériences d'un grand nombre de pays permettent d'établir des principes clairs pour la restructuration systémique des systèmes financiers. Faute d'une restructuration systémique rapide, impliquant habituellement une aide financière de l'État, les problèmes du secteur financier et du secteur des entreprises ne pourront probablement pas être résolus. Les banques insolubles seront tentées de jouer leur va-tout ou elles choisiront de réduire leurs prêts dans de fortes proportions pour tenter de renforcer leur capital. Un système financier sous-capitalisé restera en état de dysfonctionnement. Une action rapide et d'importants investissements immédiats par le secteur public — sous forme de recapitalisation des banques — permettent parfois d'alléger les coûts de la restructuration, du fait que l'aléa moral lié à des renflouements répétés peut être évité et, de façon plus générale, parce que la relance de la distribution du crédit et des économies a des effets positifs très importants. Mais pour éviter l'aléa moral, il faut que ces interventions soient précédées de certaines réformes fondamentales.
11. *Une action rapide, globale et crédible.* Une action rapide est indispensable pour le succès de la restructuration systémique. Des mesures rapides pour la restructuration du secteur financier sont également nécessaires pour maintenir la discipline du crédit chez les emprunteurs. Les emprunteurs partent souvent du principe que leurs créanciers ont moins de chance qu'eux d'être sur la place à l'avenir, de sorte qu'ils traînent les pieds pour rembourser même quand ils en ont les moyens. Les solutions de portée restreinte, telles que le relèvement des taux débiteurs ou l'instauration d'un prélèvement inflationniste pour restaurer la profitabilité des banques et les recapitaliser, sont sans effet. Les banques qui tentent de prendre des mesures en ce sens ne font que réduire la demande de financement et le nombre des entreprises solides capables de payer

des prix plus élevés (ou disposées à le faire), à un coût particulièrement lourd pour l'économie et le développement financier.

12. *Une stratégie cohérente à moyen terme.* Une stratégie cohérente, réaliste et globale pour sortir de la crise, appliquée avec fermeté est d'une importance cruciale. Lors d'une crise systémique, il ne suffit pas de s'attaquer aux problèmes d'une poignée d'institutions particulièrement mal en point. Si des mesures crédibles ne sont pas prises pour traiter la totalité (ou la plupart) des institutions financières qui sont en difficulté ou en faillite, l'incertitude du marché risque d'augmenter au lieu de diminuer. Le prix des actifs continuera de stagner ou de diminuer. Et sans une politique crédible, le gouvernement peut devenir vulnérable. La restructuration systémique de banques doit s'inscrire dans le cadre d'un plan à moyen terme bien articulé pour le secteur financier (et le secteur des entreprises), qui devra être élaboré par les responsables gouvernementaux en collaboration avec le secteur privé.
13. *Diagnostic et participation de tierces parties.* La mise au point d'une stratégie à long terme commence par le diagnostic du problème, ce qui implique un suivi et un examen rigoureux des institutions financières et en particulier un examen minutieux des portefeuilles par des auditeurs extérieurs réputés (internationaux, de préférence). La crise exige une attention immédiate et de haut niveau, et notamment la désignation d'une équipe de crise composée de spécialistes de grand calibre pour coordonner l'action du gouvernement. Cette équipe doit définir les principes de base pour faire face à la crise et mettre au point un plan d'action immédiat. Le plus urgent est d'accroître les moyens d'intervention d'un organe de restructuration unique — qui peut être rattaché à la banque centrale, au ministère des finances ou à une autre institution — afin d'éviter des lacunes ou des contradictions dans les approches et les programmes d'action. Pour renforcer la crédibilité des plans de redressement et de restructuration des banques et des sociétés financières considérées individuellement, on peut par exemple solliciter la participation de parties indépendantes, et notamment d'experts internationaux, à l'élaboration de ces plans. D'une façon plus générale, il est souvent nécessaire de solliciter le concours de tierces parties et d'une assistance technique à différents stades de la restructuration. C'est nécessaire en particulier pour les audits diagnostiques des institutions financières, le réaménagement des prêts pour créer des actifs restructurés, et les opérations de banque d'affaires qu'implique la cession des actifs restructurés.
14. **Répartition des pertes et utilisation des ressources publiques.** *Les pertes doivent d'abord être réparties entre les actionnaires privés et les créanciers. Les ressources publiques généralement requises pour une crise systémique doivent compléter — et non pas remplacer — les sources privées, et leur utilisation doit viser à minimiser l'aléa moral.* La restructuration commence par la répartition des pertes entre les actionnaires des institutions financières insolubles. Le droit des sociétés et la législation en matière d'insolvabilité établissent le rang des créances et l'ordre dans lequel elles doivent être annulées, les parts de capital figurant au sommet de la liste. Dans ces conditions, si une banque (ou une entreprise) est encore solvable mais a un besoin urgent d'obtenir un allègement de dette de ses créanciers ou une aide publique, il faudra diluer son capital (et les droits de vote). Et lorsqu'une banque (ou une société) est insolvable, la valeur des créances des actionnaires et des créances subordonnées devra être réduite avant que l'établissement ne puisse obtenir des fonds publics.
15. On peut renforcer la discipline financière en faisant supporter au moins une partie des pertes par les créanciers et déposants qui auraient dû surveiller la banque. La répartition des pertes entre les créanciers et les déposants n'entraînera pas nécessairement des retraits massifs des dépôts ou une contraction à terme de la masse monétaire et du crédit, ou de la production, mais la situation devra être analysée de façon minutieuse avant de prendre des décisions dans ce domaine. Lors des crises passées, en particulier aux États-Unis (1933), au Japon (1946), en Argentine (1980-82) et en Estonie (1992), les gouvernements ont fait supporter les pertes

aux déposants, ce qui n'a guère ou pas eu de conséquences négatives sur le plan macroéconomique, ni provoqué de ruée sur les liquidités. La reprise économique a été rapide et l'intermédiation financière a été restaurée en peu de temps (notamment pour ce qui est des dépôts des ménages). La discipline financière a encore été renforcée avec le changement de direction des banques et leur restructuration. Dans certaines des restructurations les plus drastiques des banques (en Argentine par exemple en 1995), les actionnaires, les créanciers autres que les déposants et, parfois, les déposants ont subi des pertes sans que la confiance dans le système restructuré s'en trouve sensiblement amoindrie.

16. *Ressources publiques.* La réaction instinctive des dirigeants d'un pays face à une crise est d'allouer des ressources publiques insuffisantes. Incertaines du montant des aides disponibles, les institutions financières ont tendance à masquer l'ampleur de leurs problèmes. Les actionnaires existants et potentiels ne fourniront pas de nouveaux capitaux, car ils s'interrogent sur la capacité de l'État à les protéger contre les pertes. D'une façon plus générale, la crise mine la confiance des déposants et des investisseurs. Bref, il faut que les pays disposent de ressources suffisantes (ou qu'ils soient perçus comme tels) pour faire face aux coûts importants d'une crise systémique. Mais les injections de capitaux publics ne doivent pas servir à renflouer les actionnaires existants. Il s'agit plutôt de répartir les pertes de manière transparente et de minimiser les coûts que supporteront les contribuables, tout en préservant les incitations qui amèneront le secteur privé à fournir des capitaux frais.
17. Certains pays ont choisi de ne pas compter sur les injections privées — et ils en ont fait les frais. Ils ont résolu leurs crises financières en partie par un renflouement partiel ou total des banques sur les deniers publics, confortant ainsi le sentiment qu'il existait une garantie implicite de l'État sur les dépôts et autres exigibilités des banques, au détriment de la discipline du marché. Dans certains cas, la restructuration des banques n'a même pas entraîné de changement de direction, ce qui a érodé encore plus les incitations en faveur d'un comportement prudentiel. Les effets durables de ces stratégies ont souvent favorisé l'apparition de nouvelles crises.
18. Les recapitalisations mal conçues faisant appel aux deniers publics ont fait long feu, s'enchaînant les unes les autres sans résultat. L'accent était essentiellement mis sur le redressement des bilans, et les responsables n'essayaient guère de rectifier les problèmes sous-jacents. La succession de ces recapitalisations a engendré un aléa moral : avec une garantie implicite de l'État, quel besoin avaient les banques de respecter les principes prudentiels ? Plusieurs pays ont dû recapitaliser leurs banques plusieurs fois avant de trouver la bonne voie ; d'autres ont sans arrêt restructuré leurs banques. Même les pays riches n'ont pas échappé aux recapitalisations à répétition. Les fusions peuvent apporter un début de solution, mais seulement lorsqu'elles présentent un intérêt commercial pour l'acquéreur. La fusion de deux banques en situation précaire ne fera qu'aggraver les choses, les difficultés de l'établissement de plus grande taille ainsi créé étant appelées à s'aggraver. Il n'est pas conseillé de reprivatiser les banques à la hâte.
19. *Nécessité de contributions privées.* Les pouvoirs publics peuvent prendre plusieurs mesures pour faciliter l'assainissement du bilan des banques : restructuration des actifs, partage des pertes, réduction des dettes et injection de capitaux frais. Dans toute la mesure du possible, les banques sous-capitalisées doivent rechercher des capitaux privés parallèlement à l'aide publique qui leur est offerte. Les banques qui choisissent de ne pas participer aux conditions et modalités offertes sont soit des établissements solides, soit, plus vraisemblablement, des établissements dont le portefeuille est fragile et dont les propriétaires privés ne sont pas disposés à mettre de nouveaux capitaux dans l'affaire. Ces établissements doivent être fermés. Les banques qui bénéficient d'une assistance doivent être tenues d'élaborer un plan stratégique, vérifié par des tierces parties, qui précise les mesures de restructuration du capital et de

l'exploitation prévues pour réduire les coûts et améliorer la profitabilité sans prendre de risques supplémentaires. Un programme de supervision et de suivi rigoureux et régulier doit être mis en place pour s'assurer que les banques ne deviennent pas sous-capitalisées par la suite.

20. *Un programme de restructurations bancaires doit être appuyé par des dispositions détaillées et transparentes sur le plan de la législation.* La législation qui régit la restructuration des banques doit être rédigée dans un langage clair, précis et sans ambiguïté, compréhensible pour les propriétaires et dirigeants des banques, les investisseurs et les acquéreurs potentiels des établissements restructurés et de leurs actifs, ainsi que pour le grand public. La transparence est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de définir les motifs sur lesquels se fonde le transfert d'une banque en faillite à une société de restructuration des banques et les procédures à utiliser, les effets juridiques du transfert sur les pouvoirs et les droits des propriétaires et des dirigeants, le contenu et la portée des pouvoirs de la société de restructuration et les circonstances dans lesquelles les banques confiées à la société de restructuration doivent être liquidées et leur agrément révoqué. En outre si le statut d'une société de restructuration des banques accorde des droits et des pouvoirs et définit des procédures qui sont contradictoires avec d'autres textes de loi, ou qui l'emportent sur d'autres textes de loi (tels que la législation sur les sociétés, les faillites, les titres, les biens immobiliers et l'emploi), la hiérarchie entre les statuts et les autres lois devra être clairement établie dans la loi organique de la société de restructuration bancaire.
21. Les entités qui interviennent dans la restructuration des banques sont généralement des organismes publics, et leurs actes relèvent donc du droit administratif, y compris des procédures de recours administratif. Compte tenu du caractère urgent et exceptionnel de la restructuration du système bancaire, la réduction des droits des parties concernées à disposer d'une possibilité de recours administratif contre ces actes se justifie — tout au moins dans la mesure nécessaire pour ne pas suspendre la restructuration ou la liquidation des banques.
22. La loi sur restructuration doit comporter une clause de caducité automatique réduisant sa durée de vie et celle de la société de restructuration des banques, afin d'éviter que le même régime ne soit utilisé pour restructurer des établissements bancaires dans des circonstances sans rapport avec la crise bancaire pour laquelle cette loi a été mise en place. Mais les clauses de ce type présentent un important inconvénient. Une fois que la loi a expiré, sa réactivation à la suite d'une nouvelle crise bancaire nécessitera une procédure législative complète, ce qui retardera d'autant la restructuration des banques. Le maintien de la législation sur la restructuration permet d'éviter cet inconvénient. On peut le faire, sans risquer que la loi sur la restructuration ne soit appliquée en dehors des situations de crise, en limitant les dispositions relatives à la caducité à une suspension de l'application du texte de loi et en stipulant qu'il ne pourra être réactivé qu'à certaines conditions, conformément à une procédure législative simplifiée, telle qu'une résolution du parlement ou un décret officiel publié après avis et accord du pouvoir législatif.
23. **Réformes d'accompagnement.** *La restructuration du secteur financier à la suite d'une crise systémique doit être conduite en tandem avec des réformes fondamentales — notamment le renforcement de la réglementation et du dispositif de surveillance et l'amélioration du suivi du secteur privé.* Dans un premier temps, les réformes de fonds concernent le renforcement de la réglementation prudentielle, l'adoption de normes et de pratiques internationalement reconnues en matière de comptabilité, d'audit et d'information financière, la mise en place d'un dispositif plus rigoureux pour faire appliquer les lois et règlements, et le renforcement de la réglementation. Cela fait, un pays doit se doter des instruments institutionnels et juridiques nécessaires pour liquider les institutions en faillite et vendre leurs actifs. Ces réformes sont souvent engagées au moment d'une crise, mais elles sont rarement menées à terme. La surveillance des banques, par exemple, est en général en deçà des pratiques optimales en

vigueur au plan international ; dans bien des cas, l'autorité de contrôle des banques n'est pas véritablement indépendante. Il convient de prévoir au préalable des procédures et mesures correctives afin de pouvoir intervenir rapidement et procéder à des liquidations lorsque les banques et les institutions financières sont en grande difficulté, mais pas insolvables. L'objectif est de les assainir et d'éviter la faillite, la fermeture ou l'interruption temporaire du remboursement des emprunts. Toutefois, la plupart des pays ne parviennent pas à cette situation idéale.

## **RESTRUCTURATION DU SECTEUR DES ENTREPRISES**

24. **Cadre de restructuration des entreprises.** *Pour restructurer efficacement les entreprises, il faut disposer d'un cadre général qui s'y prête, donner aux créanciers les moyens d'inciter les débiteurs à la restructuration, et amener les institutions financières à une constatation réaliste de leurs dettes.* Étant donné qu'une crise systémique se caractérise typiquement par un endettement excessif des entreprises, la viabilité de ces entreprises ne saurait être restaurée sans des arrangements avec les créanciers — prolongation des échéances, conversion des créances en prises de participation, annulation des dettes, etc. Pendant une crise systémique, ces restructurations devront en grande partie être effectuées au cas par cas, comme pour les restructurations des entreprises dans des circonstances non systémiques. Mais l'ampleur des problèmes auxquels les entreprises doivent faire face et la difficulté qu'il y a à amener les parties concernées à agir dans une crise systémique nécessitent une attention particulière. Trois conditions doivent être réunies pour pouvoir mener à bien la restructuration à moyen terme des entreprises en difficulté et éviter qu'elles n'effectuent des investissements imprudents. Premièrement, le cadre fiscal, juridique et réglementaire et les autres règles doivent se prêter à la restructuration. Deuxièmement, les créanciers des entreprises doivent être en mesure d'obtenir qu'elles soient restructurées et que les pertes soient supportées par les débiteurs. Troisièmement, les pouvoirs publics doivent être en mesure de contraindre les institutions financières domestiques à assumer les pertes liées à la restructuration des entreprises, et ils doivent être disposés à le faire.
25. *Environnement porteur.* Divers obstacles d'ordre fiscal, juridique, réglementaire et autres retardent souvent les restructurations d'entreprises ou les font avorter. En règle générale, les pays doivent faciliter les restructurations en améliorant l'environnement porteur — notamment par l'adoption de normes améliorées en matière de comptabilité et d'information financière, de procédures accélérées de forclusion et de nouvelles règles fiscales et comptables. Les autres mesures incluent souvent la libéralisation des règles qui régissent l'investissement étranger, le renforcement des politiques de fusion et d'acquisition, l'ouverture des marchés et la mise en œuvre d'autres réformes fiscales. Il convient aussi de libéraliser l'investissement dans le secteur financier et celui des entreprises, les investisseurs étrangers pouvant apporter les capitaux et compétences dont les entreprises ont tant besoin. Des réformes fiscales et réglementaires peuvent être nécessaires pour faciliter les conversions de créances en prises de participation ainsi que les cessions d'actifs. À moyen terme, il s'agira, dans bien des cas, de remédier aux distorsions affectant le traitement fiscal de la dette et du capital-actions.
26. *Aptitude à provoquer des restructurations et à imposer des pertes aux débiteurs.* Parfois, les actionnaires majoritaires et dirigeants d'entreprises en difficulté s'efforcent d'éviter la réduction des activités, la vente forcée des actifs, la dilution du capital et la diminution ou la perte de contrôle sur la direction de l'entreprise. L'aptitude de créanciers à saisir l'entreprise ou à prendre ses opérations en main — par sa mise en liquidation ou la nomination d'un administrateur spécial — est un élément propre à encourager les débiteurs à coopérer pour trouver une solution extra-judiciaire. Ces possibilités incluent une menace crédible de forclusion, qui incitera les débiteurs à se soumettre à un redressement (sous la supervision du

tribunal). Faute de « bâtons » de ce genre, la restructuration de l'entreprise sera retardée. Un régime d'insolvabilité peu solide peut imposer de lourdes pertes sur les créanciers des institutions financières ou conduire à un blocage entre l'entreprise débitrice et les institutions financières créancières. En outre, une menace crédible de saisie et de mise en liquidation judiciaire permet parfois de prévenir une crise systémique en dissuadant l'entreprise d'effectuer des investissements imprudents.

27. *Aptitude à faire accepter les pertes par les institutions financières locales.* Pour que la restructuration des entreprises soit efficace et conduite en temps voulu, les pouvoirs publics doivent être en mesure d'amener les institutions financières locales à accepter les pertes liées aux restructurations d'entreprises. Les institutions financières subissent inévitablement des pertes compte tenu des liens étroits qui existent entre la restructuration des entreprises et la restructuration du secteur financier. En règle générale, cependant, les institutions financières préfèrent différer la restructuration des entreprises et les pertes qui en découlent. L'action de l'État doit viser à accélérer la constatation des pertes par les institutions financières et donc le rythme de la restructuration des entreprises. Les mesures qui permettent d'accélérer la constatation des pertes incluent l'adoption de critères prospectifs classiques pour le classement des dettes des entreprises, ainsi que de règles de provisionnement correspondantes, et la fermeture rapide des institutions financières fragiles.
28. **Amélioration des cadres de restructuration.** *Lors d'une crise systémique, les pouvoirs publics doivent prendre d'autres mesures spécifiques afin de préserver la valeur des actifs des entreprises et d'encourager leur restructuration.* Même lorsque ces éléments sont en place, la décision de s'en remettre uniquement au marché pour résoudre les problèmes des entreprises peut entraîner une perte de valeur des actifs et être insuffisante dans le contexte d'une crise systémique. Dans la phase d'endiguement d'une crise, la préservation de la valeur des actifs peut nécessiter un rééchelonnement généralisé du principal de la dette ou des intérêts (ou des deux) pour les petites et moyennes entreprises, et la mise en place de programmes de financement spéciaux. Il sera éventuellement nécessaire de financer des fonds de roulement ou des crédits commerciaux pour empêcher des entreprises qui pourraient être viables de fermer leurs portes. Du fait même de l'ampleur, de la gravité et de la complexité des restructurations d'entreprises et des crises systémiques, et du fait que, dans bien des cas, les dispositifs d'application des lois et règlements et les régimes d'insolvabilité ne sont pas pleinement opérationnels, il peut être nécessaire et souhaitable d'élaborer des directives spéciales pour les restructurations.
29. Lors d'une crise systémique, le plus grand problème tient généralement à l'insuffisance des restructurations. Si le cadre de référence (remanié) qui régit les faillites et les restructurations peut être adéquat en temps normal, il n'est pas toujours suffisant pour une crise systémique, étant donné les divers problèmes de coordination qui se posent et les insuffisances d'autres éléments du cadre institutionnel. Les tribunaux ne seront pas en mesure de traiter toutes les restructurations en raison de l'ampleur des problèmes à régler et du manque général d'expérience et des autres éléments de fragilité qui, souvent, ont été pour commencer un facteur déclenchant de la crise. Comme il est difficile de bien cerner les perspectives économiques et de déterminer la valeur des actifs, les créanciers et les actionnaires se refuseront à constater les pertes et préféreront attendre des jours meilleurs — ainsi que, dans bien des cas, une aide plus importante de l'État. La dispersion des créances et des intérêts entre un grand nombre de créanciers rend la coordination difficile. Dans ces conditions, il sera peut-être nécessaire de renforcer le cadre réglementaire pour contraindre les acteurs concernés à la restructuration sans passer par des procédures formelles de réorganisation et de faillite.
30. *Renforcement du dispositif de restructuration des entreprises.* Les pouvoirs publics peuvent souhaiter mettre en place un dispositif plus institutionnalisé pour la restructuration des

entreprises, comme le Mexique a été le premier à le faire en 1995. Suivant l'exemple du Mexique, certaines économies d'Asie (Corée, Indonésie, Malaisie, Thaïlande) ont entrepris en 1998 d'instaurer des procédures extra-judiciaires mais institutionnalisées pour compléter les procédures judiciaires. Ces dispositifs prennent comme point de départ les règles dites de Londres, principes de réorganisation des entreprises énoncés pour la première fois au Royaume-Uni au début des années 90. Mais les règles de Londres n'ont pas été conçues pour des entreprises en situation de détresse systématique, et les pays ont dû les aménager (encadré A.1). Dans la plupart des cas, ils ont adjoint aux dispositifs existants des mécanismes de recours volontaire à l'arbitrage et des services de spécialistes. En outre, d'autres améliorations ont été apportées par le biais d'un accord à l'amiable, dans le cadre du droit des contrats ou du droit commercial, que la totalité (ou la plupart) des institutions créancières sont amenées (forcées) à signer. Avec cet accord, les points sur lesquels la majorité des créanciers a pu s'entendre peuvent être imposés aux autres créanciers sans qu'il soit nécessaire de recourir à des procédures judiciaires formelles. En outre, les solutions arbitrales assorties de dates limites précises — et de pénalités spécifiques lorsque les délais ne sont pas respectés — peuvent être incluses dans l'accord, ce qui évite de faire intervenir l'appareil judiciaire pour le règlement des différends.

Encadré A.1 Des approches extra-judiciaires institutionnalisées pour la restructuration des entreprises

Plusieurs éléments doivent être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider s'il convient d'adopter des approches extra-judiciaires institutionnalisées pour la restructuration des entreprises et d'en arrêter les modalités.

*Principes sous-tendant l'approche.* En dehors de l'objectif d'accélération de la restructuration, les autres principes à propos desquels une décision devra être prise sont notamment les suivants : La nouvelle approche aura-t-elle pour objet de maximiser le redressement du créancier, ou donnera-t-elle priorité à la restructuration de l'entreprise ? Le programme sera-t-il fondé sur les principes de restructuration des entreprises généralement admis ? Des objectifs d'action divers sont possibles, mais plus les principes de restructuration basés sur les mécanismes du marché sont abandonnés, plus l'État sera impliqué dans le processus de restructuration. Cela soulève de nombreux risques et exige une évaluation minutieuse de la crédibilité et du professionnalisme des représentants de l'État appelés à prendre les décisions, ainsi que de la valeur des objectifs recherchés dans le cadre de leur intervention.

*Déterminer comment les décisions de fonds sont prises.* L'une des questions les plus importantes est de déterminer si les décideurs institutionnels substitueront leur jugement à celui des acteurs privés, et dans quelles circonstances ils pourront le faire. Faire jouer le programme institutionnel dans une restructuration fondamentale de la dette peut servir les objectifs de crédibilité et d'efficacité, et cela peut permettre de surmonter les réticences et l'incapacité des parties à engager des négociations de bonne foi. Mais l'intervention des gouvernements de marchés émergents dans les discussions relatives à une restructuration est lourde de risques. Dans de nombreux pays, les difficultés économiques sont précisément nées de la « coopération » étroite entre le secteur des entreprises et le secteur public.

*Mécanismes de médiation.* Bien que le programme institutionnel n'ait pas nécessairement à assumer le rôle de décideur pour les questions de fond, il peut cependant fournir des conseils sur ces questions (et sur la procédure) par le biais d'un mécanisme de médiation. Des médiateurs professionnels peuvent fournir des avis de fond aux parties concernées et ils peuvent lisser les différences culturelles, ce qui améliore la communication. Mais la décision d'inclure un mécanisme de médiation doit prendre en ligne de compte le coût des services des spécialistes en question, leur compétence et la nécessité de fournir des conseils aux participants.

*Déterminer les moyens d'action disponibles pour le programme.* Un autre objectif d'action est de savoir si le programme institutionnel sera conçu pour fonctionner sur une base non contraignante ou

si ceux qui sont chargés de l'administrer seront habilités à sanctionner les parties qui refusent de participer ou dont la participation est insatisfaisante. Dans ce cas, quels sont les types de sanctions à prévoir, et quel sera le pouvoir d'appréciation laissé à ce sujet à ceux qui administrent le programme ? Si les sanctions font partie intégrante du programme de restructuration institutionnel, il sera nécessaire d'évaluer le professionnalisme et la fiabilité de ceux qui sont chargés de le gérer et de déterminer le pouvoir d'appréciation dont il disposeront afin d'éviter des abus de pouvoir.

*Choix entre un système procédural rigide ou flexible.* Un système flexible élargit les possibilités d'adaptation et peut permettre aux responsables concernés de moduler les procédures de restructuration en fonction des besoins de chaque cas. Mais, dans beaucoup de pays en développement, le manque de certitude et d'expérience justifie en soi le programme institutionnel, ce qui fait que l'adoption de règles strictes pour la restructuration (notamment pour ce qui est des délais à respecter et des dispositions à prendre) peut être importante.

*Équilibre à établir entre la restructuration du secteur réel et la restructuration du secteur financier.* Dans toute restructuration d'entreprise, les règlements immédiats en espèces peuvent compromettre le redressement de l'entreprise à terme. Mais un système de restructuration prévisible, fonctionnel et rapide peut réduire le risque de procédure. L'approche institutionnelle devra établir un équilibre entre ces objectifs concurrents.

31. Les améliorations apportées au cadre qui régit les restructurations varient d'un pays à l'autre, dénotant les différences entre les objectifs des pouvoirs publics et la diversité des situations. En Asie de l'Est, c'est le cadre thaïlandais qui paraît faciliter le plus les restructurations extra-judiciaires, suivi par celui de la Corée et de la Malaisie, le dispositif indonésien se classant en dernière position dans ce domaine. Ces différences paraissent expliquer en partie les variations notées dans ces quatre pays pour ce qui est de la rapidité de la restructuration des entreprises. Quelles que soient leurs caractéristiques précises, ces cadres de restructuration extra-judiciaires doivent pouvoir s'appuyer sur des dispositions juridiques permettant de contraindre les créanciers à participer, de saisir les garanties et d'éviter que de petits créanciers entravent les négociations et fassent de la résistance pour obtenir un traitement plus généreux. Cela montre que des procédures appropriées en matière de faillite et de saisie sont importantes pour le succès de ces approches.
32. *Autres mesures spéciales.* Il est plus difficile de dire si, lors d'une crise systémique, d'autres mesures spéciales doivent être prises pour les entreprises en difficulté. Certains observateurs préconisent un moratoire général sur le service de la dette ou un « super chapitre 11 » afin de répartir les pertes liées aux difficultés systémiques des entreprises entre les actionnaires, les institutions financières, et le Trésor et les contribuables nationaux. Avant de conclure à la nécessité d'un régime particulier, les gouvernements devraient prendre les dispositions nécessaires pour que les créanciers soient en mesure de faire supporter les pertes par les débiteurs et que les institutions financières domestiques soient tenues de constater en temps voulu les pertes découlant des restructurations nécessaires, et veiller à ce qu'il n'existe pas d'autres obstacles fiscaux, juridiques ou réglementaires majeurs susceptibles de contrecarrer la liquidation immédiate des entreprises en difficulté et la poursuite de la restructuration opérationnelle. Si ces éléments sont négligés, un régime spécial pourrait engendrer un aléa moral, encourager le retour à un endettement et à des investissements excessifs, conduire à préserver des entreprises qui devraient être liquidées et immobiliser des capitaux et des actifs dans les entreprises peu productives.
33. **Organisme de restructuration chef de file.** *En règle générale, les solutions privées pour la restructuration des entreprises semblent préférables. Les sociétés publiques de gestion des actifs ont obtenu des succès limités dans les pays en développement.* Pour que la restructuration opérationnelle et financière des entreprises puisse être conduite dans de bonnes conditions, il faut évaluer correctement les actifs douteux et instaurer un système d'incitation adéquat pour la

restructuration. Ces éléments dépendent de l'entité choisie pour diriger la restructuration. Le choix peut se porter sur des banques ou d'autres institutions financières, la puissance publique et les actionnaires existants ou nouveaux (étrangers ou locaux) des entreprises concernées. Il déterminera non seulement l'ampleur et la viabilité de la restructuration, mais aussi les structures de financement et de gestion à moyen terme du secteur des entreprises. En règle générale, une solution privée devra être retenue dans la mesure du possible. La gestion privée des actifs génère des profits plus élevés (ou des pertes moindres) que la gestion publique. C'est particulièrement vrai dans les économies de marché émergentes, étant donné le rôle important que l'État a joué dans le passé dans l'allocation des ressources, avec des résultats mitigés.

34. *Approches décentralisées et centralisées.* Les restructurations peuvent être décentralisées, les opérations étant alors confiées à des unités internes de réorganisation créées au sein des banques, ou à de « mauvaises » banques (banques capitalisées séparément avec les créances douteuses, qui sont gérées par la bonne banque avec d'autres investisseurs ou transférées à de nouveaux investisseurs) ou encore à des sociétés de gestion des actifs distinctes qui sont des filiales des banques. Les unités de réorganisation des banques doivent être séparées, sur le plan financier aussi bien qu'organisationnel, des autres activités de la banque, et il est déconseillé de confier la restructuration au chargé de prêt qui a accordé le prêt (qui se trouve désormais) en difficulté. Un cloisonnement plus étanche, faisant intervenir une mauvaise banque ou une société de gestion des actifs, permet de clarifier la situation financière de la banque, d'échapper au problème des incitations biaisées et d'éviter de mobiliser toute l'attention et les ressources de la direction. Le cloisonnement sera de toute façon nécessaire en cas d'assistance de l'État. Mais il n'est pas sans risques. Le transfert des créances à une société distincte de gestion des actifs peut rompre le lien entre la banque et l'entreprise — lien qui peut avoir de la valeur compte tenu de l'accès privilégié de la banque aux informations concernant l'entreprise. Les autres questions à considérer sont le prix à payer pour les actifs en difficulté et les délais supplémentaires qu'implique la mise en place de la société de gestion des actifs et le transfert des actifs à cette entité. En outre, la restructuration nécessite souvent de nouveaux emprunts et la société de gestion des actifs n'a pas toujours les moyens de financer des prêts.
35. Dans le cadre d'une approche centralisée, une entité unique du secteur public, qu'il s'agisse d'une société de gestion d'actifs, d'une agence de restructuration ou d'un organe d'assurance des dépôts, reprend les créances non recouvrées d'un grand nombre d'institutions financières et centralise la gestion de ces actifs. La gestion centralisée du recouvrement des actifs financiers permet de profiter d'économies d'échelle — de même que la centralisation des compétences en matière de réorganisation de la direction, et de la technologie de l'information — et elle peut faciliter la titrisation des actifs. En outre, les prêts en difficulté sont sortis de manière claire, rapide et complète du bilan des banques, ce qui peut contribuer à ramener la confiance dans les banques en faillite. Pour que la société publique de gestion des actifs puisse assumer plus efficacement sa mission de liquidation des créances, on peut lui conférer des super-pouvoirs administratifs et l'autoriser à saisir des garanties et à prendre la direction des sociétés débitrices. Mais cela comporte également des risques, liés pour l'essentiel à la structure d'incitations des dirigeants d'une société publique de gestion des actifs.
36. *À pays différents, choix différents.* Lors des crises systémiques qui ont frappé leur secteur bancaire, la Norvège et l'Espagne ont adopté des variantes d'un système interne de réorganisation, tandis que les États-Unis ont porté leur choix sur un organe public (*Resolution Trust Corporation*). Le choix entre les deux approches est complexe. L'approche décentralisée exige un cadre de restructuration solide et des incitations appropriées pour encourager les agents privés à engager la restructuration. Un examen des opérations de restructuration dans sept pays montre que le succès de cette approche dépend de la qualité du cadre institutionnel

(notamment des services comptables et juridiques) et du contexte initial (y compris la situation des fonds propres des banques et les liens entre les actionnaires)<sup>30</sup>.

37. Le bilan des sociétés publiques de gestion des actifs est mitigé. Dans plusieurs cas ayant fait l'objet d'études détaillées, ces sociétés n'ont pas accéléré la restructuration des banques ou des entreprises. Dans certains cas (Mexique, Philippines, certaines économies en transition), la création d'une société publique de gestion des actifs a eu en fait pour résultat de retarder la solution du problème. Lorsqu'elle jouit de pouvoirs extra-judiciaires dont ne disposent pas les autres créanciers, une société publique de gestion des actifs peut prendre, au sujet du règlement immédiat en espèces et du recouvrement à terme, des décisions qui ne maximisent pas toujours la valeur des entreprises. L'expérience de l'Espagne et des États-Unis tend à montrer que les sociétés de gestion des actifs peuvent être efficaces, mais seulement pour une mission étroitement délimitée consistant à liquider des institutions financières insolubles et non viables. Et pourtant, pour remplir cette mission, il a fallu réunir plusieurs ingrédients : une gestion professionnelle, une indépendance politique, des spécialistes qualifiés, un financement approprié, une législation adéquate sur les faillites et les saisies, de bons systèmes d'information et de gestion, de la transparence dans les procédures et les opérations et — chose importante — de la volonté politique.
38. L'examen des données d'expérience des pays avec les sociétés de gestion des actifs fait apparaître un bilan très variable, avec des succès plus importants dans les pays industrialisés que dans les pays à marché émergent<sup>31</sup>. Cette disparité tient en grande partie au fait que les crises systémiques sont d'une ampleur bien plus grande dans les pays en développement, ce qui rend difficile la transposition du modèle des sociétés de gestion des actifs. Le volume total des actifs traité par la *Resolution Trust Corporation* des États-Unis, par exemple, représentait à peu près 7 % du PIB, alors que, dans beaucoup de pays à marché émergent, les créances improductives atteignent 20 % du PIB ou davantage. En outre, les marchés des capitaux et autres marchés financiers sont plus développés dans les pays industrialisés que dans les pays à marché émergent, ce qui permet d'écouler plus rapidement les actifs à céder, et il existe un plus grand réservoir de personnels qualifiés.
39. On voit donc qu'il est préférable de s'en remettre aux acteurs du secteur privé pour conduire la restructuration des entreprises. Mais lors d'une crise systémique, les procédures de saisie, de liquidation et de réorganisation sous contrôle judiciaire sont souvent peu solides. S'ils ne disposent pas de moyens fiables pour faire supporter les pertes aux débiteurs, les acteurs privés auront du mal à liquider les entreprises en difficulté en temps opportun et d'une manière efficace qui permette de restaurer la santé des entreprises et d'empêcher des comportements imprudents. Comme il peut être difficile de renforcer les capacités de traitement des faillites d'un pays en plein milieu d'une crise, les pays devraient plutôt chercher à s'appuyer sur l'application de contraintes budgétaires rigoureuses pour imposer les restructurations d'entreprise et éviter une déperdition de l'assistance publique vers le système financier. Le rigueur des contraintes budgétaires peut varier, allant d'un encadrement étroit des institutions financières fragiles au plafonnement du crédit pour certaines catégories d'entreprises. Les contraintes peuvent aussi inclure l'institution de réserves obligatoires, qui forcent les institutions financières à orienter les nouveaux dépôts vers des actifs sûrs, tels que les obligations du Trésor, au lieu de rétrocéder ces fonds à des entreprises peu solides.

---

<sup>30</sup> Dado, Marinela et Daniela Klingebiel, « Decentralized Creditor-Led Corporate Restructuring : Cross-Country Experience », Banque mondiale, Washington (2000).

<sup>31</sup> Voir Daniela Klingebiel, « The Use of Asset Management Companies in the Resolution of Banking Crises: Cross-Country Experiences », Banque mondiale, Washington (1999).

40. Lorsque le choix se porte sur une unité centralisée, cette unité doit être mise en place rapidement et dotée d'un mécanisme clair de détermination des prix pour le transfert des actifs. La valeur de marché des créances doit être établie rapidement — sur la base de principes internationaux et vérifiée par des comptables et des auditeurs indépendants — et des provisions pour pertes doivent être constituées en fonction de la détermination de cette valeur. Tout organe de restructuration doit être suffisamment capitalisé et doté des pouvoirs et des incitations nécessaires pour pouvoir placer les actifs sur le marché privé dans les meilleurs délais. La cession des actifs permet d'établir rapidement des prix planchers, ce qui permet d'accélérer la sortie de la crise économique. Par exemple, la *Resolution Trust Corporation* des États-Unis a vendu la plus grande partie de ses 450 milliards de dollars de créances en trois ans. Une société de gestion des actifs ne doit pas servir à masquer l'ampleur des pertes, et elle doit être soumise à des audits réguliers, avec une validation de la qualité des actifs par une tierce partie. Enfin, elle doit disposer d'un mandat clair et être établie pour une période limitée — pas plus de trois à cinq ans.

## ADDITIF : APERÇU DES AUTRES INITIATIVES EN LA MATIERE

### **Insolvabilité transfrontières**

Les travaux entrepris à l'échelon international sur l'insolvabilité des entreprises et des banques appellent l'attention sur la nécessité d'un accès aux tribunaux, de la reconnaissance d'une procédure étrangère et d'une coopération entre pays. Au nombre de ces initiatives figure la Convention de l'Union européenne de 1995 relative aux procédures d'insolvabilité, adoptée en tant que règlement de l'UE en mai 2000 à l'issue de 40 ans de travaux préparatoires<sup>32</sup>. En collaboration avec INSOL International, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI/UNCITRAL), a commencé à travailler en 1994 à une loi type sur l'insolvabilité internationale, qui a été adoptée en 1997. Comme le règlement de l'UE, la loi type de la CNUDCI offre un choix de dispositions juridiques et prévoit que les pays qui adoptent cette loi fournissent un accès à leurs tribunaux, reconnaissent les procédures étrangères et coopèrent lorsque le débiteur insolvable a des biens dans plus d'un État. En 1998, à la suite de la faillite de la Barings Bank, le Groupe des Trente a publié un rapport sur l'insolvabilité internationale dans le secteur financier (« International Insolvencies in the Financial Sector »). Le G-30 a récemment commandé un nouvel examen de la mesure dans laquelle les institutions financières actives au plan international prennent en compte les risques d'insolvabilité transfrontières dans leurs calculs privés de gestion du risque<sup>33</sup>. Et en 2000, l'American Law Institute a mené à bien son projet sur l'insolvabilité transnationale, lequel a pour objet d'élaborer des principes et des procédures pour gérer les faillites d'entreprises parmi les pays membres de l'Accord de libre échange nord-américain<sup>34</sup>.

### **Réforme des législations nationales de l'insolvabilité**

Tout au long des années 90, la Banque et d'autres institutions financières internationales ont aidé les pays en transition à mettre au point des régimes de traitement de l'insolvabilité et de protection des droits des créanciers pour faciliter le transfert des biens de l'État au secteur privé et la sortie des entreprises non rentables. À mesure que ces économies parviennent à maturité, elles sont prises dans une nouvelle vague de réformes qui envisage davantage la contribution que peuvent apporter le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers à la promotion et la stabilisation du commerce dans une optique globale d'économie de marché. Après la crise de l'Asie de l'Est, une étude du G-22 a souligné l'importance du rôle de ces régimes dans la prévention, la gestion et la résolution des crises systémiques<sup>35</sup>. Cela a suscité toute une série de réactions de la part des institutions financières internationales. En 1998, la Banque asiatique de développement (BASD) a commencé à fournir une assistance technique à la réforme du droit de

---

<sup>32</sup> Depuis mai 2002, le règlement de l'UE offre un choix de cadres juridiques pour le traitement de l'insolvabilité transfrontières au sein des pays membres de l'Union. Les travaux préparatoires, qui ont démarré en 1960, ont conduit, en 1980 et 1984, à l'élaboration de deux projets que les États membres avaient alors jugés inacceptables. Les travaux ont repris en 1990.

<sup>33</sup> Groupe des Trente, « Reducing the Risks of International Insolvency: A Compendium of Work in Progress » (2000).

<sup>34</sup> American Law Institute, « Principles of Cooperation in Transnational Insolvency Cases among the Members of the North American Free Trade Agreement » (2000).

<sup>35</sup> Groupe des 22, « Report of the Working Group on International Financial Crises » (1998). L'étude du G-22 préconise une liste restreinte de principes en matière de traitement de l'insolvabilité et de protection des droits des créanciers, mais n'émet pas de recommandations précises concernant le renforcement des régimes nationaux dans ces domaines.

l'insolvabilité dans la région Asie et Pacifique<sup>36</sup>. Son rapport final, diffusé en 2000, définit 16 normes auxquelles doivent satisfaire les législations de l'insolvabilité. En 1999, le Fonds monétaire international a publié un rapport intitulé « Pour des procédures d'insolvabilité ordonnées et efficaces », qui définit les caractéristiques cruciales d'une législation de l'insolvabilité et analyse les considérations qui sous-tendent la conception d'une législation moderne en la matière<sup>37</sup>. En 2000, faisant fond sur les travaux de la Banque et d'autres entités, la CNUDCI a entrepris d'élaborer des directives législatives en vue de la formalisation d'une législation relative à l'insolvabilité des entreprises. Ces travaux devraient être achevés en 2003.

### **Initiatives concernant les transactions garanties**

Les premières institutions financières internationales à s'intéresser aux transactions garanties ont été la Banque européenne pour la reconstruction et le développement et la Banque interaméricaine de développement au début des années 90<sup>38</sup>. La BERD, qui a été parmi les premières à prendre conscience de l'importance du crédit garanti, a joué un rôle de pointe dans la définition de principes devant présider à une législation moderne des transactions garanties ; ceux-ci sont désormais plus ou moins acceptés dans les pays en développement d'Europe et d'Asie centrale, où ils sont souvent utilisés pour moderniser la législation des transactions garanties<sup>39</sup>. Dans la Région Asie et Pacifique, la Banque asiatique de développement fournit une assistance technique à la réforme du droit des transactions garanties, complétant ainsi l'œuvre entreprise en matière de réforme du droit de l'insolvabilité<sup>40</sup>. Et en Amérique latine, l'Organisation des États américains a commencé à élaborer une loi type sur les transactions garanties.

### **Arrangements informels avec les entreprises**

En octobre 2000, INSOL International a publié un énoncé des principes devant présider, au plan mondial, aux arrangements informels avec des créanciers multiples (« Statement of Principles for A Global Approach to Multi-Creditor Workouts »). Ces principes découlent des Règles de Londres concernant les arrangements informels et préconisent huit pratiques optimales pour les arrangements avec des créanciers multiples. Les arrangements informels intervenant « à l'ombre de la loi », une résolution conventionnelle exige des solutions de repli fiables faisant appel aux mécanismes juridiques d'exécution individuelle et de recouvrement des créances existants ou aux procédures collectives de traitement de l'insolvabilité.

---

<sup>36</sup> Asian Development Bank Regional Technical Assistance Program for Insolvency Law Reform (TA N° 5795-REG).

<sup>37</sup> Le rapport du FMI traite spécifiquement du cadre juridique de l'insolvabilité et des procédures y afférentes, qui sont étudiés dans la section 3 du présent rapport.

<sup>38</sup> Les réformes des États-Unis et du Canada, qui remontent aux années 50, spécifient des principes fondamentaux devant régir une législation moderne des transactions garanties ; ce sont eux qui président aux initiatives actuelles.

<sup>39</sup> Les Principes 3-5 du présent rapport sur les droits des créanciers et l'exécution de leurs droits sont pour l'essentiel conformes aux 10 principes clés stipulés par la BERD pour les transactions garanties. Pour une analyse de ces principes, on se reportera à : [www.ebrd.com/english/st.htm](http://www.ebrd.com/english/st.htm).

<sup>40</sup> Asian Development Bank Regional Technical Assistance Program for Secured Transactions Law Reform (TA N° 5773-REG).

## GLOSSAIRE<sup>41</sup>

**Administrateur** (en anglais, administrator) : personne ou entité nommée en remplacement de la direction d'un débiteur pour administrer une procédure d'insolvabilité ; elle est responsable devant le tribunal, ou l'organisme exerçant sa juridiction sur les affaires d'insolvabilité. Dans le présent document, le terme « administrateur » désigne le titulaire qualifié et compétent d'un mandat ou un professionnel bien au fait des questions commerciales. Ce terme, utilisé dans beaucoup de pays, n'a pas le même sens partout. En général, il désigne quelqu'un qui a été nommé pour gérer les activités d'une entreprise dans une perspective de redressement. Ici, il est utilisé de manière générique et peut désigner aussi un liquidateur, même si ce dernier terme désigne généralement une personne chargée de liquider (par opposition à redresser) l'entreprise. Dans les systèmes où la direction de l'entreprise n'est pas remplacée par un administrateur, c'est celle-ci qui est habituellement chargée d'exercer les fonctions d'administrateur (comme le fait aux États-Unis, le « débiteur en possession »). Parmi les autres termes souvent employés avec des sens légèrement différents et recouvrant des responsabilités légèrement différentes, on peut citer : syndic, fiduciaire, contrôleur, commissaire, séquestre, administrateur d'insolvabilité.

**Juge commissaire ou juge de la faillite** (en anglais, bankruptcy judge) : juge désigné pour traiter des affaires de faillite. Le juge des faillites doit être spécialisé, même en l'absence de tribunal spécialisé dans les faillites. Dans les juridictions où ce n'est pas un tribunal des faillites qui a principalement autorité en la matière, la personne ou l'entité en charge du traitement de l'insolvabilité dotée de pouvoirs équivalents peut jouer un rôle similaire.

**Procédure de faillite** (en anglais, bankruptcy proceeding) : procédure menée conformément à la législation en vigueur par laquelle une entreprise ou entité fait l'objet d'un redressement ou est liquidée au profit de ses créanciers et d'autres. Le terme désigne souvent une procédure de liquidation, alors que la procédure d'insolvabilité désigne plus souvent à la fois les procédures de liquidation et celles de redressement. Dans le présent document, les deux termes sont employés indifféremment pour désigner toutes procédures menées sous contrôle judiciaire (ou sous le contrôle de l'entité responsable), tandis les termes liquidation et redressement sont employés spécifiquement.

**Charge ou privilège** (en anglais, charge) : employé de manière générique pour couvrir les diverses formes de sûretés possessoires et non possessoires. Dans certains pays, le terme ne désigne que les sûretés réelles non possessoires. En général, la charge confère un droit prioritaire sur le produit de la vente des actifs donnés en gage. Le terme anglais « charge flottante » a ceci de particulier que ce type de charge donne à l'entreprise le droit, dans le courant normal des affaires, d'aliéner des actifs, libres de toutes charges.

**Nantissement ou gage** (en anglais, collateral) : Actif ou bien, meuble ou immeuble, sur lequel une sûreté réelle a été constituée au profit d'un créancier. Si une obligation n'est pas remplie, le bien sur lequel une sûreté réelle a été constituée peut être recouvré ou détenu, ou réalisé, par le créancier détenteur de la sûreté réelle.

---

<sup>41</sup> Les définitions figurant dans le présent glossaire sont adaptées à l'emploi qui est fait des termes et des concepts dans le présent document. Ils n'ont pas nécessairement la même signification que dans tel ou tel pays ou juridiction. Certaines des définitions relatives aux sûretés sont inspirées de celles utilisées dans la loi type de la BERD sur les transactions garanties.

**Tribunal** : cour de justice ou juridiction qui, en qualité d'agent indépendant et objectif, est chargée de résoudre les affaires d'insolvabilité. Si le pouvoir final en la matière n'appartient pas à un tribunal, une agence de l'insolvabilité peut jouer un rôle similaire.

**Débiteur** : une entreprise ou entité juridique qui a une dette envers un créancier. Dans le contexte d'une procédure de faillite, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement, le terme débiteur désigne la personne ou l'entité insolvable.

**Privilège ou droit de rétention/de gage** (en anglais, lien) : terme générique employé aux États-Unis pour désigner la charge garantissant le paiement d'une dette ou l'exécution d'une obligation, qu'elle soit d'origine conventionnelle, légale ou judiciaire. En droit anglais, le terme désigne le droit passif créé en vertu de la loi de détenir des biens jusqu'au paiement.

**Liquidation** : processus de rassemblement et vente des actifs d'un débiteur de manière ordonnée et rapide pour dissoudre l'entreprise et distribuer le produit de la vente aux créanciers en vertu de la législation en vigueur. La liquidation peut consister en une vente partielle des actifs du débiteur ou en la vente de tous ou presque tous les actifs que détient le débiteur dans des unités productives opérationnelles ou en tant qu'entreprise viable.

**Liquidateur** : personne ou spécialiste chargé de gérer la liquidation d'une entreprise.

**Hypothèque** (en anglais, mortgage, ou hypothec) : transfert d'actifs à titre de sûreté à la condition expresse ou implicite que la propriété en reviendra au débiteur à l'extinction de l'obligation. Le terme est surtout employé pour désigner une sûreté constituée sur un bien réel ou immeuble.

**Gage** (en anglais, pledge) : de manière générique, un gage désigne une sûreté possessoire. Mais le terme sert souvent également à désigner des sûretés non possessoires aussi bien que possessoires.

**Redressement** (en anglais, rehabilitation) : processus de réorganisation (restructuration) des relations financières d'une entreprise visant à rétablir sa santé financière et à la rendre financièrement viable. Cela peut inclure des mesures organisationnelles et la restructuration des relations commerciales et de marché via l'annulation de dettes, le rééchelonnement de la dette, la conversion de créances en prises de participation, et d'autres moyens. Cela peut aussi consister à vendre le fonds de commerce en tant qu'entreprise en activité, auquel cas la procédure peut être équivalente à la vente effectuée dans le cadre d'une procédure de liquidation.

**Sûreté/garantie** (en anglais, security, à distinguer des securities, titres d'emprunt ou de participations échangés sur les marchés des valeurs mobilières) : terme généralement employé pour désigner le droit obtenu à titre de garantie de l'exécution de ses obligations par le débiteur — et plus précisément, l'actif donné en garantie.

**Sûreté réelle/droit réel** (en anglais security interest) : un droit conféré par l'engagement d'une partie à s'acquitter d'un paiement ou d'une obligation. Que ce droit soit établi de manière conventionnelle ou involontairement par autorité de justice, la sûreté réelle inclut généralement mais non exclusivement les hypothèques, gages, charges et privilèges.

**Transaction garantie ou opération assortie d'une sûreté** (en anglais secured transaction) : transaction assortie de l'octroi à un créancier d'une sûreté réelle lui conférant un droit sur un nantissement spécifié, ou une participation audit bien. Moyen couramment utilisé aux États-Unis pour couvrir une large gamme de transactions, y compris toute transaction ayant pour objet de constituer une sûreté réelle sur un bien ou article personnel, dont des marchandises, documents et autres biens incorporels.