

Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ?

Publié au Recueil Dalloz 23 sept. 2004, p. 2420

Jean-Luc Vallens

Magistrat, Professeur associé (Université Robert-Schuman, Strasbourg)

Au moment où le Parlement français s'apprête à examiner le projet de loi de sauvegarde des entreprises, qui réforme en profondeur le droit des procédures collectives, il est intéressant de constater les efforts d'harmonisation entrepris au plan international par les Nations Unies en vue d'élaborer des règles uniformes en matière d'insolvabilité.

1. Introduction. Les crises financières qui ont secoué plusieurs régions du monde dans la dernière décennie ont convaincu les principaux organismes et institutions impliqués dans le financement des entreprises de la nécessité d'une réglementation coordonnée des procédures collectives. À la base de cette démarche, figurent aussi bien les efforts entrepris pour réguler l'internationalisation des échanges, que les traités destinés à faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues en matière de procédures collectives, en d'autres termes la circulation des jugements.

Ces efforts ont été illustrés par plusieurs accords adoptés ces dernières années : chronologiquement, l'adoption d'un instrument communautaire, le Règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000, qui pour la première fois assure l'effectivité immédiate des procédures collectives dans l'ensemble des pays de l'Union européenne (le Danemark excepté), en reconnaissant les décisions rendues au centre des intérêts principaux du débiteur comme exécutoires sans exequatur directement dans les autres Etats membres (1), puis la Loi-modèle de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale adoptée en 1997 et d'ores et déjà adoptée ou en voie d'adoption par plusieurs pays (2). Cette loi-modèle, prenant appui sur le modèle européen alors en préparation, a organisé la participation des administrateurs et liquidateurs étrangers, a facilité la reconnaissance des procédures étrangères sans condition de réciprocité tout en réglementant cette reconnaissance et l'exécution des décisions, au moyen de règles admises d'un commun accord permettant d'encadrer l'effectivité des jugements (3).

Mais ces instruments contiennent leurs propres limites, car ils n'ont vocation à s'appliquer (directement comme le Règlement communautaire, ou indirectement, comme la loi-modèle après transcription), qu'une fois constatée l'insolvabilité de l'entreprise en difficulté.

2. Le droit interne, outil privilégié de la prévention des difficultés. Les institutions financières comme les pays d'investissement ont fait le constat, avec les crises financières systémiques des années 90, que c'est le droit national lui-même qui est en cause, et non la circulation des décisions judiciaires à l'étranger, lorsqu'il s'agit de régler les difficultés financières d'un commerçant, d'une société, ou d'un groupe.

De plus, c'est en amont de ces difficultés, qu'il est apparu indispensable de réglementer la fourniture de crédits bancaires et de biens, en garantissant aux créanciers (établissements de crédit, fournisseurs), un cadre légal prévisible. Seul un tel cadre serait de nature à offrir des conditions de recouvrement et d'exécution des décisions et une protection efficace des créances garanties en cas de difficultés des emprunteurs privés. Cela constitue ainsi un objectif nécessaire et raisonnable, conforme à l'intérêt commun des créanciers et des

entreprises utilisateurs de crédit ; les créanciers, pour diminuer le risque de défaillance par une meilleure prévisibilité des conséquences de l'insolvabilité de leurs débiteurs et les débiteurs, pour accéder plus aisément au crédit à un coût réduit. Mais un tel objectif a été naturellement partagé par les Etats eux-mêmes, en particulier les pays émergents, désireux de favoriser les investissements nécessaires à leur essor économique.

Ce constat, commun aux praticiens et aux Etats, a conduit plusieurs organisations à chercher « les bases de procédures d'insolvabilité efficaces », selon les termes retenus par la Banque mondiale, qui s'est emparée du sujet, en l'inscrivant dans sa politique de financement et de soutien des pays émergents (4). D'autres ont suivi, comme l'OCDE et la Banque Asiatique de Développement, ainsi que plusieurs organismes privés de professionnels, comme l'Association Internationale du Barreau et Insol international, qui regroupent des professionnels des procédures collectives du monde entier (5).

Mais ces préoccupations communes appelaient une démarche universaliste, s'appuyant sur la légitimité des Nations-Unies. La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), forte du succès de l'adoption de sa Loi-modèle sur l'insolvabilité internationale, a entrepris en 2000 l'élaboration d'un instrument intitulé « Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité », dont son Assemblée générale vient d'adopter les termes au mois de juin 2004 (6). Ce Guide est proposé aux Etats dont les législateurs entendent moderniser leur droit dans ce domaine.

3. Le choix d'un Guide législatif. Pourquoi un guide législatif ? Le choix d'un tel instrument n'allait pas de soi, si l'on observait les travaux législatifs des Etats comme ceux de la Conférence internationale de la Haye, plus orientés vers la conclusion d'accords et de traités. La CNUDCI elle-même par le passé avait élaboré des Conventions, comme celle sur l'arbitrage international ou la vente internationale (7), ainsi que des lois-modèles, par exemple celles relatives à la signature électronique ou aux virements internationaux (8), ou des recommandations (9).

On sait le succès du droit souple (« soft law »), par opposition au « droit dur » des traités, qui s'inspire plus des pratiques professionnelles et notamment bancaires, que de règles et de catégories d'une valeur juridique impérative préétablie. Les exemples de telles pratiques ne manquent pas : on citera les Principes d'Unidroit ou encore les Incoterms...

Un guide législatif, plus souple encore qu'une loi-modèle, prend aussi soin de ne pas imposer de règles matérielles communes, comme le font un Règlement communautaire ou une loi uniforme, tel que les Actes uniformes de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), dont un, consacré aux procédures collectives d'apurement du passif, a été adopté en 1998 (10).

Il ne propose pas non plus des règles stricto sensu, mais indique et suggère des orientations, en laissant aux Etats non seulement la possibilité d'adopter ces règles, mais aussi d'en choisir certaines, et surtout d'en adapter la forme à leur droit interne. Cette démarche n'est pas propre aux Nations-Unies, puisque le droit communautaire connaît lui aussi depuis plusieurs années des formes diverses d'actes atypiques, comme les résolutions, les conclusions, les décisions cadres ou les codes de « bonne conduite » (11). On relèvera que la CNUDCI ne se limite pas aux seules relations internationales comme elle l'avait fait avec la loi modèle sur l'insolvabilité internationale dans le cadre naturel de son mandat, mais qu'elle considère comme acquis la nécessité de favoriser l'évolution du droit matériel interne des Etats, dépassant la distinction relations internes-relations internationales (12). Cette évolution est significative de l'interdépendance entre les droits nationaux des Etats et les relations

économiques et financières que nouent les entreprises et leurs fournisseurs de biens et de services.

Cette démarche a été à la fois un gage de succès pour l'adoption du Guide et une garantie de faisabilité. On sait à quel point le droit de la faillite s'insère pour chaque ordre législatif dans un système juridique et légal particulier, ainsi que dans ses réalités économiques et sociales, son environnement institutionnel et les différents domaines du droit, aussi bien le droit civil des biens, celui des contrats et des sûretés, que le droit social, le droit du crédit et la loi sur les sociétés, le droit pénal, etc.. Le droit de la faillite ne peut être dégagé de cet enracinement.

Quant aux réalités économiques, elles déterminent évidemment le succès ou l'échec des procédures collectives, aussi parfait soit le texte qui les régleme. Il n'y a pas de redressement d'une entreprise dans une branche, une activité ou un secteur condamné. Il n'y a pas de poursuite d'activité sans actif, et toute solution de redressement requiert, selon les termes anglo-saxons, « Money » (un apport financier), « Market » (un secteur d'activité et une clientèle potentielle), et « Manager » (des dirigeants capables de mener l'entreprise vers le redressement).

Enfin, quant à l'environnement institutionnel et légal des procédures d'insolvabilité, la loi applicable n'a une chance d'être effective que si elle est appliquée par des praticiens et des tribunaux compétents, qu'elle s'appuie sur un système judiciaire efficace, un réseau bancaire et des règles comptables fiables, et qu'elle peut s'appliquer avec la neutralité du pouvoir politique. Telles étaient les difficultés qui ont conduit la CNUDCI à opter pour un Guide législatif.

A qui le Guide est-il destiné ? Il est avant tout proposé aux législateurs des pays désireux de se doter d'un système législatif efficace, garantissant un équilibre réel des droits des différentes parties, et un traitement effectif des difficultés des entreprises. Les pays émergents se montrent intéressés par des textes conformes à des standards et ayant reçu l'appui des organismes internationaux et des institutions financières associés à leur élaboration.

4. Le domaine couvert par le guide législatif. Les travaux menés durant 4 ans par la CNUDCI ont permis d'établir un instrument complet, couvrant presque tous les aspects du droit de l'insolvabilité : les débiteurs concernés, les conditions d'ouverture, les règles applicables aux créanciers et aux administrateurs judiciaires, aux modalités d'un redressement, aux effets de la clôture d'une liquidation.... Ont été laissés en dehors délibérément certains aspects, touchant au droit public et au contexte politique, comme le cadre institutionnel, les sanctions civiles ou professionnelles contre les dirigeants et les tiers, les règles pénales, ou encore les procédures applicables aux entreprises réglementées, tels que les établissements de crédit ou les entreprises d'assurance. Le Guide a également choisi de ne pas traiter de l'insolvabilité des consommateurs, mais pour d'autres motifs, tenant à la mission institutionnelle de la CNUDCI, centrée sur le droit commercial. Chacune de ces exceptions se conçoit et s'explique aisément, aussi ne nécessitent-elles pas de développements particuliers dans cette présentation.

Le Guide législatif comprend deux parties. La première définit les objectifs de la procédure collective et contient un glossaire des termes utilisés (13). La seconde est constituée de recommandations destinées à être transcrites sous la forme de textes, de nature législative ou réglementaire, dans le droit interne des Etats membres. Ces recommandations sont accompagnés de commentaires explicatifs développés, qui en indiquent, tel un Préambule, les

finalités. Ces différents éléments, glossaire, objectifs, recommandations et commentaires, sont bien évidemment liés entre eux (14).

5. Les objectifs. La CNUDCI s'est largement accordée sur les objectifs majeurs des procédures collectives, ce qui ne va pas sans susciter l'étonnement, si ce n'est que le guide n'ayant pas d'effet contraignant, sa négociation ne présentait pas les mêmes difficultés qu'un traité (15). Le premier constat en effet qui a pu être fait est que les différentes lois partagent désormais un souci commun, celui de faciliter dans la mesure du possible le redressement des entreprises en difficulté, avant d'envisager la liquidation de leurs actifs. Rien dans les objectifs énoncés n'appelle de critiques particulières, tout au plus des interrogations.

Quels sont les principaux objectifs que souligne le Guide ? La CNUDCI a identifié 9 finalités, distinctes mais complémentaires, assignées à une procédure collective. Chacun de ces objectifs mérite quelques brefs commentaires.

*Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économique : la sécurisation du marché (on préférera parler de garantir son bon fonctionnement) nécessite à la fois une évaluation correcte du risque de faillite et une restructuration des entreprises viables.

*Maximiser la valeur des actifs (en version anglaise d'origine : « *maximize value of assets* ») : cet objectif traduit la volonté de promouvoir une optimisation de la valeur de l'entreprise, en ce qui concerne notamment l'équilibre entre une reconstitution de l'actif (actions en nullité) et les attentes légitimes des créanciers.

*Établir un équilibre entre liquidation et redressement : une procédure d'insolvabilité doit tenir compte des intérêts de tous les créanciers, à la fois ceux titulaires de sûretés (qui peuvent préférer une solution de liquidation permettant l'exécution de leur garantie) et les créanciers chirographaires (plus intéressés à une continuation de l'entreprise et à un paiement échelonné de leurs créances). Dans cette optique, le redressement et la liquidation sont les deux axes entre lesquels une législation doit définir un équilibre, mais le guide opte cependant clairement en faveur du redressement, jugé plus conforme qu'une liquidation aux intérêts des créanciers, de l'entreprise en difficulté et du marché.

*Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation : l'égalité des créanciers, qui est un principe traditionnel et d'ordre public des procédures collectives, signifie une égalité de traitement entre les créanciers placés dans une même situation juridique par rapport au débiteur ou relevant d'une même catégorie. Mais l'équité signifie aussi que les créanciers ne seront pas traités de manière injuste au regard de leurs droits et de leurs intérêts légitimes.

*Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité : un traitement rapide des situations d'insolvabilité est apparu comme un objectif primordial des procédures, que ce soit pour mettre en oeuvre une solution de redressement perturbant le moins possible le marché ou pour liquider les actifs de l'entreprise à leur valeur optimale. Parallèlement, l'impartialité mentionnée signifie un contrôle externe neutre, généralement judiciaire, offrant la garantie d'un traitement adéquat dégagé d'impératifs extérieurs comme le règlement de litiges commerciaux ou l'application de paramètres politiques ou sociaux.

*Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers : l'arrêt des poursuites individuelles, attaché traditionnellement à l'ouverture d'une

procédure apparaît comme un critère essentiel du droit de l'insolvabilité tourné vers la recherche d'un redressement ou vers une répartition équitable du produit de la vente des actifs.

*Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible, qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations : la sécurité juridique et la sécurité du marché impliquent une législation accessible et prévisible. D'où la nécessité de textes disponibles, soit dans le droit de l'insolvabilité, soit (mais la CNUDCI ne le préconise pas) dans d'autres textes, à condition que le droit de l'insolvabilité y fasse un renvoi explicite. Le droit français n'est pas à cet égard un modèle puisque les règles du code de commerce sont combinées avec le Code civil (droit du cautionnement,...) ou le Code du travail (garanties des salariés).

*Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires : le classement des créances est une préoccupation présente dans tous les droits. L'intérêt des créanciers est que ce classement soit clair et lisible. La CNUDCI préconise simultanément de reconnaître les privilèges et sûretés découlant d'accords commerciaux et de limiter les privilèges généraux découlant de la loi, ce qui est conforme à la finalité de la CNUDCI orientée vers l'élaboration d'un droit commercial international harmonisé.

*Établir un cadre pour l'insolvabilité internationale : le souci de limiter les risques de conflit de compétences et les conflits de lois conduit à une approche intégrant les aspects internationaux d'une procédure d'insolvabilité. La CNUDCI, qui avait adopté une « loi-modèle sur l'insolvabilité internationale », destinée à faciliter la reconnaissance et l'exécution des procédures d'insolvabilité étrangères (16), a souhaité compléter celle-ci par des règles de droit international privé. Ces règles recommandent notamment d'adopter un critère de compétence territoriale fondé sur le centre des intérêts principaux du débiteur et l'application de la loi de l'Etat d'ouverture pour toutes les questions relevant de la procédure (17).

On ajoutera ici que ces différents objectifs sont jugés complémentaires, car tous concourent à l'élaboration d'un droit de l'insolvabilité garantissant l'effectivité des intérêts des entreprises défaillantes et de leurs créanciers. Le Guide offre à la fois une analyse comparée des systèmes législatifs, dans le corps des commentaires, et des recommandations exprimant le voeu commun ou majoritaire des représentants des Etats, en vue de répondre aux objectifs décrits plus haut.

6. Le champ d'application des procédures d'insolvabilité. Cette question qui est traitée par le guide en tête des recommandations doit être évoquée en préliminaire, car elle détermine les limites de la compétence que la CNUDCI s'est elle-même fixée. Il est important pour les débiteurs mais aussi leurs partenaires de connaître le risque d'insolvabilité, c'est-à-dire à la fois le risque de défaut de paiement et l'éventualité d'une procédure collective, qui entraînera l'arrêt des poursuites individuelles et les contraintes d'une procédure coordonnée pour tous les créanciers. Le guide recommande une approche extensive du champ d'application, en considérant que la généralité des catégories de débiteurs soumis à une procédure collective en cas d'insolvabilité contribue à réduire l'incertitude et le risque de détournement de la loi, que ce soit pour se soumettre la procédure ou y échapper. De là, les exceptions ne sont admissibles qu'à condition de les justifier. Après avoir mentionné les différences existant entre les droits nationaux entre les différentes catégories (commerçants et non-commerçants,

personnes physiques et personnes morales), le guide législatif admet comme un « noyau dur » la catégorie des commerçants et des sociétés commerciales, c'est-à-dire les entreprises ayant une activité économique (mais non strictement commerciale) (18). Le guide aborde ensuite quelques catégories particulières d'entreprises, comme les entreprises publiques ou celles contrôlées par l'Etat, ainsi que les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, en raison du régime de contrôle spécifique appliqué à ces entreprises. Mais la CNUDCI estime que malgré leur particularisme, la loi sur l'insolvabilité a vocation à s'appliquer à toutes les entreprises ayant une activité économique, en considérant expressément que le fait qu'une entreprise appartienne à l'Etat ne peut en soi suffire à justifier son exclusion. En revanche, elle ne traite pas la question délicate et distincte de la défaillance financière des Etats eux-mêmes, ce que l'on qualifie parfois du néologisme de dettes souveraines, relevant de négociations menées dans le cadre du Club de Paris et pour lesquels le Fonds monétaire international avait envisagé de mettre en place un système calqué sur les procédures d'apurement du passif (19). Quant aux consommateurs, ils n'entrent pas dans les préoccupations de la CNUDCI ni dans sa mission, centrée sur le droit commercial international, même si, dans bien des systèmes, les particuliers sont soumis à des procédures de règlement collectif des dettes, voisines ou analogues aux procédures d'insolvabilité applicables aux commerçants.

7. Des critères de compétence. Le guide législatif recommande aux Etats de définir les tribunaux compétents, afin d'accroître la transparence, et préconise, à l'égard des règles de compétence territoriale, d'adopter les critères retenus par le Règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité : le centre des intérêts principaux du débiteur (20). Ce critère, adopté dans un contexte de droit international privé, définit également l'Etat compétent dans la loi-modèle sur l'insolvabilité internationale déjà adoptée par la CNUDCI en 1997 (21). Il est recommandé ici, dans un souci d'harmonisation sur la base d'une approche uniforme des règles de compétence internationale. Le guide n'écarte pas à proprement parler d'autres critères comme l'établissement secondaire ou la présence d'actifs mais déconseille expressément aux législateurs nationaux d'adopter ces critères, car la multiplicité des critères entraîne des problèmes de conflit de juridictions et complique la coordination des procédures. Par ailleurs le guide a abordé la question sensible du conflit de lois, en s'appuyant sur l'expérience de la Conférence Internationale de la Haye, pour préconiser des règles de droit international privé, bien qu'il s'agisse là de matières propres à la conception du droit international de chaque système. La CNUDCI n'en suggère pas moins d'adopter quelques règles générales, largement inspirées des principes mis en oeuvre par le Règlement communautaire précité de 2000, telle que la reconnaissance de la loi de l'Etat d'ouverture d'une procédure pour tous les aspects essentiels de celle-ci, mais elle recommande de reconnaître la loi applicable aux contrats, sauf les exceptions nécessaires à l'organisation et aux objectifs d'une procédure d'insolvabilité. Les exceptions à la *lex fori concursus* devraient être limitées et mentionnées de façon claire par chaque législateur, telles que les questions spécifiques comme les contrats de travail ou celles touchant à l'ordre public. On voit ici clairement que l'objectif de la CNUDCI est de faciliter l'adoption de normes communes.

8. Les recommandations.

1) L'ouverture de la procédure, un concept à géométrie variable.

Le guide législatif constate d'abord la pluralité des conditions et causes d'ouverture, et les résume aux deux principaux critères constatés à l'examen comparé des droits nationaux : le critère de la cessation de paiements (critère d'illiquidité) où la valeur de continuation de

l'entreprise est supérieure aux dettes, et qui suppose seulement que le débiteur n'honore plus ses engagements, et le critère du bilan (critère d'insolvabilité) où la valeur de continuation de l'entreprise est inférieure aux dettes, et qui suppose un excédent du passif sur l'actif. Plusieurs autres critères sont aussi évoqués ainsi que leur combinaison, parfois retenue par les droits nationaux. Pour mémoire, le guide mentionne également le risque d'insolvabilité imminente, fondé sur une pénurie prévisible de liquidités, et conclut en faveur de critères transparents et sûrs. Sans doute, la CNUDCI ne préconise-t-elle pas un critère unique, mais elle recommande fortement le critère de la cessation des paiements, qui implique l'incapacité financière d'une entreprise d'honorer ses dettes de manière durable, notamment parce que le test du bilan est moins fiable à la date où la situation de l'entreprise est examinée, et moins facile à caractériser pour les créanciers qui demandent l'ouverture d'une procédure.

On constatera que le critère adopté par la loi française répond bien aux attentes, malgré les critiques dont il est parfois l'objet en raison de son caractère trop rigide. A cet égard, le projet de loi de sauvegarde des entreprises propose d'assouplir avec prudence les critères d'ouverture, en permettant d'anticiper sur l'insolvabilité et en laissant une place à la négociation malgré la cessation des paiements (22). Il admet enfin, et c'est une idée différente du droit français qui mérite d'être soulignée, que le critère d'ouverture peut être différent, selon que la procédure est demandée par le débiteur ou ses créanciers, ou encore selon que la procédure demandée est une procédure de redressement ou de liquidation : l'approche peut être plus compréhensive si le redressement est poursuivi. Il n'en demeure pas moins qu'une approche trop libérale des critères d'ouverture peut poser des problèmes, compte tenu du risque d'un recours abusif à la procédure. De tels abus sont flagrants en droit américain, où le débiteur se met aisément sous la protection du Code de la banqueroute sans devoir démontrer son insolvabilité. Enfin, la question du rejet de la demande pour insuffisance d'actif, tel qu'il est prévu par exemple par les droits allemand et autrichien, est évoquée mais sans être recommandée.

2) Le périmètre de la procédure d'insolvabilité (la « masse »).

Définie dans son sens fonctionnel, la « masse » désigne les actifs placés sous le contrôle d'un administrateur et soumis à la procédure collective, et non, comme c'était le cas en droit français avant 1985, la collectivité des créanciers (C'est pourquoi certains droits la qualifient de « masse active »). La CNUDCI recommande aux législateurs d'indiquer clairement les actifs compris dans la masse et ceux qui en sont exclus. Les travaux de la CNUDCI ont porté sur quelques points particuliers, qui nécessitent une délimitation expresse dans une loi sur l'insolvabilité. Parmi ces points, figure la question des actifs grevés de sûretés et des biens fournis au débiteur sous réserve de propriété. Ces biens sont en effet régis par des règles différentes selon les droits nationaux, étant soit inclus dans la masse soit laissés hors de la saisie collective. Cette question a été naturellement liée à celle de l'impact de l'arrêt des poursuites individuelles, car le sort des biens grevés de sûretés varie, selon que les créanciers titulaires de sûretés peuvent ou non exercer leurs prérogatives sur les biens grevés. Si la suspension des poursuites individuelles ne nuit pas aux droits des créanciers titulaires de telles garanties, il importe peu en effet que le bien soit ou non inclus dans la masse. Par ailleurs l'orientation majeure soutenue par la CNUDCI en faveur du redressement des entreprises en difficulté a conduit à tenir compte de l'intérêt économique que les actifs grevés peuvent présenter dans la perspective d'une continuation d'activité.

Quant aux biens fournis sous réserve de propriété ou financés par crédit-bail, il importait de les soumettre à un régime similaire à celui des biens grevés de sûretés, sans quoi le patrimoine des entreprises serait vidé de tout actif doté d'une valeur économique. À l'inverse, exclusion de

tels biens de la masse favorise indirectement l'offre de crédit, les créanciers ayant alors l'assurance que leurs droits réels ne seront pas lésés par une procédure collective. Au vu de ces éléments d'appréciation opposés, le guide législatif préconise d'inclure les biens grevés dans le périmètre de la procédure et de sauvegarder la valeur des biens au cours de celle-ci, et le cas échéant de limiter la durée de la suspension de poursuites sur ces biens, ou de la cantonner à l'hypothèse d'une procédure de redressement.

De plus, le guide législatif examine le sort d'autres biens, comme ceux acquis par le débiteur au cours de la procédure, les actifs récupérés par l'administrateur grâce aux actions de nullité, et l'exclusion des biens familiaux et personnels, lorsque le débiteur est une personne physique. Enfin, au détour de ces recommandations, la CNUDCI préconise d'inclure dans la masse tous les biens du débiteur où qu'ils se trouvent, affichant ainsi sa préférence pour une approche universelle de la faillite (23)

3) L'arrêt des poursuites individuelles.

Dans tous les systèmes législatifs, le caractère collectif d'une procédure d'insolvabilité collective entraîne à l'égard des biens compris dans la masse un arrêt des poursuites individuelles, à la fois pour protéger la masse et empêcher le débiteur de disposer de ses biens sans contrôle. La CNUDCI relève sur ce point que les finalités de la suspension des poursuites individuelles diffèrent, selon que la procédure tend au redressement ou à la liquidation : dans le premier cas, elle facilite la poursuite d'activité et donne au débiteur un répit pour préparer un plan. Dans le second cas, son but est de « maximiser » la valeur du patrimoine et le cas échéant de favoriser une vente globale, les actifs réunis une valeur de liquidation supérieure s'ils sont vendus collectivement, ce que recouvre la notion de « going concern value », soit approximativement la notion de valeur de l'entreprise viable. À cet égard, le guide législatif admet de considérer la cession de l'entreprise autant comme solution de liquidation que comme un mode de redressement (24).

La différence entre redressement et liquidation est plus sensible encore pour les biens grevés de sûretés, car si la suspension des poursuites individuelles générale est légitime dans la perspective d'une continuation de l'entreprise, elle l'est moins dans le cadre d'une liquidation, où les droits des créanciers titulaires de garanties doivent être sauvegardés, quelque soit l'arbitrage effectué entre les intérêts contradictoires en présence (l'entreprise elle-même, les créanciers titulaires de sûretés et les créanciers chirographaires). La CNUDCI incite les législateurs à indiquer aussi clairement que possible les poursuites individuelles suspendues et celles qui ne le sont pas, à des fins de transparence et de prévisibilité.

Le guide aborde ensuite d'autres aspects importants de la règle de la suspension des poursuites individuelles, et notamment le moment auquel elle prend effet. Son effectivité varie en effet suivant les systèmes. Aux Etats-Unis, l'arrêt des poursuites résulte du seul dépôt d'une demande d'ouverture et de son enregistrement au tribunal (25), alors que pour la plupart des autres systèmes, c'est l'ouverture de la procédure qui produit un effet interruptif sur les poursuites individuelles. Le guide a pris acte de ces conceptions divergentes sans préconiser un système spécifique. Mais il a fait prévaloir la finalité de la règle sur ces divergences de procédure : c'est pourquoi chaque fois que la suspension des poursuites individuelles ne découlerait pas du dépôt de la demande, le guide législatif préconise de prévoir des mesures de protection, laissées à l'appréciation du tribunal saisi, en vue de protéger la valeur de la masse, entre le dépôt de la demande et la décision. Cette solution apparaît comme un équilibre particulièrement heureux, entre les deux systèmes, car elle est de nature à éviter le risque de dilapidation des actifs ainsi que les inconvénients d'un recours abusif à l'ouverture d'une

procédure collective. De telles mesures permettent de mettre le patrimoine du débiteur sous une tutelle provisoire, en attendant que l'autorité compétente décide d'ouvrir la procédure ou de rejeter la demande. Le droit français pourrait adopter sans dommage cette faculté, qui est déjà prévue dans des hypothèses limitées comme le renvoi d'une affaire pour compétence à une autre juridiction (26). Enfin, il est aussi recommandé de prévoir la mainlevée des mesures de suspension au cours de cette phase préalable.

On relèvera que si le guide législatif envisage l'ouverture à l'initiative du débiteur ou de ses créanciers, il prévoit également le droit d'agir de l'autorité publique, le plus souvent le ministère public. Il mentionne également mais sans la recommander, l'existence de l'auto saisine de la juridiction, que quelques pays dont la France connaissent encore en Europe. Il faut constater à cet égard que cette faculté n'est pas encouragée par la CNUDCI, compte tenu des risques d'abus ou d'iniquité que recèle la saisine d'office, à l'initiative de l'autorité judiciaire appelée à se prononcer ensuite sur le fond.

4) La gestion de l'entreprise pendant la procédure d'insolvabilité.

Il est à souligner que la CNUDCI se préoccupe avant tout du financement de l'exploitation et de la procédure, et recommande notamment de garantir, par une sûreté ou une priorité, les créances des partenaires qui procurent à l'entreprise des fonds ou un crédit permettant à la fois la poursuite d'activité et la préparation d'une solution de redressement. Cette priorité devrait en outre subsister en cas de liquidation, d'où une assimilation naturelle à un véritable privilège général. C'est la voie choisie par la réforme législative engagée en France.

L'administrateur désigné doit pouvoir aussi décider de poursuivre les contrats utiles à l'entreprise et parallèlement de dénoncer ceux dont la poursuite est inutile ou coûteuse, selon la méthode dite du « *cherry picking* » (27), justifiée par la recherche d'une solution de redressement. Aussi est-il suggéré avec force d'écarter et d'invalidier les clauses de résiliation automatique, sous trois exceptions notables toutefois : les contrats de travail, pour lesquels la CNUDCI mentionne expressément en y renvoyant les législateurs, les principes adoptés par l'Organisation Internationale du Travail, en particulier la Convention OIT du 23 juin 1992, relative à la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur (28), les contrats *intuitu personae*, tels que ceux portant sur un droit de propriété intellectuelle et enfin les contrats de garantie financière, compte tenu de la nécessaire sécurité des marchés financiers (29). Le guide législatif préconise par ailleurs de faciliter la cession des contrats bénéfiques pour la masse dans la logique d'un plan de redressement.

Par ailleurs, l'administrateur doit pouvoir engager les actions en annulation des actes et des paiements irréguliers, antérieurs à l'ouverture de la procédure, examinées sous le vocable de « procédures d'annulation ». Le guide aborde la question des actes de la période suspecte préjudiciables aux intérêts collectifs des créanciers et de l'entreprise en difficulté. Mais la CNUDCI a dû prendre acte de la grande variété des systèmes en ce domaine. Les différences concernent aussi bien la durée de la période considérée que la nature des actes et des paiements, les organes habilités à agir ou les effets de l'action ... Cette variété entre les lois provient, peut-on constater, des traditions juridiques des Etats, pour lesquels l'action en nullité trouve ses racines dans l'action paulienne du droit romain, et des finalités qui s'y attachent (30). La CNUDCI s'est efforcée de classer ces différents éléments, en distinguant notamment les actes susceptibles d'annulation ou moyen de critères communs. Sont visés les opérations ayant pour effet de soustraire des actifs, de céder un bien à un coût inférieur à sa valeur alors que le débiteur est insolvable ou qu'il a été rendu insolvable par cet acte, les paiements

anormalement avantageux au profit d'un créancier, par rapport à ce qu'il aurait obtenu dans la procédure, une sûreté ou un acte passé avec une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur, donc présumée connaître la situation de celui-ci,...

Le guide recommande d'exclure certains contrats comme les accords amiables préalables ou les contrats financiers des actions en annulation, afin de sauvegarder ici encore la sécurité des négociations et des transactions financières (31). Il préconise en outre de confier à l'administrateur la responsabilité principale de l'initiative de ces actions, mais suggère de permettre aussi aux créanciers d'agir à sa place, avec l'autorisation du tribunal. Cette faculté est apparue de nature à surmonter un avis négatif de l'administrateur ou son inertie. Ne pourrait-elle pas inspirer le législateur français, qui a inclus une disposition similaire, au profit des contrôleurs, pour les actions en responsabilité, dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises (32) ?

Enfin, les lois devraient indiquer avec suffisamment de précision le délai dans lequel l'action peut être engagée afin de garantir la sécurité des tiers, le financement de l'action, et ses effets de l'action, et ce, jusqu'à envisager le rejet de la créance du tiers concerné. Parmi les autres dispositions examinées, figure le droit de compensation des créances réciproques, largement encouragé en particulier dans le cadre des contrats financiers et des opérations de compensation globale.

5) La situation du débiteur pendant la procédure.

Le guide législatif a adopté une attitude clairement favorable au redressement des entreprises en difficulté. Dans cette optique, le débiteur est encouragé à poursuivre son activité et à gérer l'entreprise dans le « cours normal de ses affaires ». Il lui est aussi reconnu le droit d'être entendu par le tribunal, ce droit étant admis comme un principe essentiel de toute procédure. Corrélativement, le débiteur doit coopérer, dit le guide législatif, de manière loyale avec l'administrateur, et l'assister tout au long de la procédure, en lui communiquant les informations nécessaires, y compris sur les aspects commerciaux sensibles, quitte à étendre à l'administrateur, aux tiers et aux créanciers une obligation de confidentialité. Le guide va jusqu'à suggérer de limiter la liberté du débiteur de transférer son établissement, en soumettant toute initiative de sa part à l'autorisation de l'administrateur.

Le guide législatif consacre de nombreux développements aux droits et obligations de l'administrateur désigné. L'analyse comparée des droits nationaux a montré que des dispositions similaires ou voisines réglementent l'activité des organes et auxiliaires désignés pour administrer et contrôler l'entreprise insolvable ou liquider ses actifs. Qualifié de « représentant de l'insolvabilité » (ce qui équivaut au « syndic » dans la définition adoptée par le Règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité), cet auxiliaire est nommé le plus souvent par la juridiction compétente, avec des pouvoirs et des obligations orientés vers l'administration de l'entreprise, la préparation de la solution y compris la vérification du passif et la défense des intérêts collectifs des créanciers. Rares sont les lois qui dispersent ces responsabilités entre plusieurs auxiliaires. La loi française à cet égard ne constitue pas un modèle facile à exporter, compte tenu du coût et de la complexité générée par le binôme administrateur judiciaire- mandataire judiciaire. Une telle dissociation ne devrait-elle pas être remise en cause dans la logique d'une simplification des procédures ? La pratique suivie par les tribunaux de commerce montre d'ailleurs bien souvent la préférence pour un représentant unique, statistiquement plus souvent rencontré, compte tenu du grand nombre de liquidations judiciaires et de procédures de redressement simplifiées applicables aux petites entreprises, où la nomination d'un administrateur n'est qu'une faculté. De plus, l'opposition entre les intérêts de l'entreprise et ceux des créanciers, qui avait justifié en 1985 la dissociation entre les

fonctions de syndic, est aujourd'hui remise en cause, le redressement de l'entreprise apparaissant comme un objectif commun. On relèvera que le guide législatif examine de manière détaillée les différentes attributions que l'administrateur a à exercer, dans l'intérêt de la masse et sous le contrôle de la juridiction et des créanciers. Il prescrit aux Etats de réglementer les conditions d'accès, les critères de compétence et d'impartialité, les modalités de nomination et de révocation, et d'adopter des règles précises de rémunération à la charge de la masse.

6) Les créanciers.

La CNUDCI a choisi de recommander une participation effective des créanciers à la procédure d'insolvabilité, même dans les systèmes législatifs orientés en faveur de l'entreprise insolvable. La légitimité des intérêts des créanciers justifie leur participation, quel que soit également le sort de l'entreprise insolvable. Le guide législatif examine les différents procédés existants qui organisent cette participation, que ce soit par la voie d'une assemblée ou par un comité représentatif, parfois par les deux organes. L'efficacité de la procédure permet parfois de s'en tenir à une structure légère de contrôle, tandis qu'au contraire la taille des entreprises peut nécessiter la mise en place d'organes représentatifs véritables. Le guide analyse les différents degrés d'implication des créanciers, allant de la simple consultation jusqu'au vote sur la solution économique proposée. Il analyse d'une part l'organisation de l'assemblée des créanciers devant voter sur un plan, et d'autre part la composition et le rôle des comités des créanciers qui représentent les différentes catégories de partenaires de l'entreprise : banquiers, fournisseurs, salariés, chirographaires. La lecture du guide montre un vœu largement partagé, celui de voir les créanciers jouer un rôle actif, en préconisant la mise en place d'une assemblée habilitée à voter sur les solutions de la procédure et de comités de créanciers, exerçant un véritable contrôle, malgré les critiques que suscitent ces organismes multiples de contrôle y compris aux Etats-Unis. En ce sens, le projet de loi français sur la sauvegarde des entreprises, qui prévoit la constitution de comités des créanciers pour les grandes entreprises répond au souhait de la CNUDCI, bien plus que l'institution actuelle des contrôleurs, peu prise en compte car sans réels pouvoirs (33).

Dans un chapitre ultérieur traitant de la liquidation, le guide législatif préconise un corps de règles relativement détaillées, consacrées à la vérification du passif. Il recommande à cette occasion d'inclure les créanciers titulaires de sûretés dans le passif soumis à la vérification, et recommande également d'inclure les créances étrangères, y compris fiscales, au besoin en les soumettant au régime applicable aux créances locales ordinaires.

Il préconise de fixer un délai précis pour la déclaration des créances sans opter pour un régime particulier, compte tenu du caractère procédural marqué de cet aspect de la faillite dans les différents pays: délais de déclaration des créances, points de départ du délai, modalités de vérification, sanctions de la non déclaration des créances et procédures de vérification. On notera également que l'administrateur est généralement investi du pouvoir d'admettre ou de rejeter les créances, tandis que les organes judiciaires ne statuent sur les contestations. Un tel partage des tâches ne constitue-t-il pas un modèle applicable en France, où le rôle du juge-commissaire pourrait être limité aux seules créances contestées ? L'admission provisoire des créances, le droit de compensation, et le traitement des créances postérieures à l'ouverture de la procédure, considérées comme prioritaires, sont également l'objet de développements spécifiques.

7) Les solutions de la procédure.

La CNUDCI a consacré une partie de ses travaux au redressement de l'entreprise en difficulté, considéré comme un objectif prioritaire. Aussi le guide législatif réserve-t-il de longs développements à la préparation du plan, conçu à la fois comme un moratoire des dettes et une réorganisation de l'entreprise, par la cession de tout ou partie de celle-ci, la restructuration de son capital, la conversion des créances en capital, et le sauvetage d'une partie des contrats de travail. Le guide préconise une approche non directive, en suggérant aux législateurs de laisser au débiteur, à l'administrateur et/ou aux tiers la possibilité de proposer toute solution économiquement viable, ce qui va au delà des conceptions françaises, pour qui seul le débiteur et le cas échéant les candidats repreneurs sont jugés aptes à présenter un projet de plan. Le débiteur toutefois est privilégié, étant considéré comme le principal acteur de son redressement. Le plan en toute hypothèse doit, et c'est une orientation majeure du guide, être soumis aux créanciers, que ceux-ci décident seuls du sort de l'entreprise, ou que le plan adopté soit soumis ensuite à l'homologation d'un tribunal. Un consensus large s'est dégagé, on l'a déjà indiqué, autour de la nécessité de soumettre le plan au vote des créanciers, étant souligné que cette voie est recommandée quel que soit le contenu du plan (et non pas seulement dans le cas d'une continuation de l'entreprise).

Le guide analyse, avec un luxe de détails parfois superflu, les modalités du vote des créanciers, sans toutefois indiquer de préférence pour un mode particulier de délibération, suggère ce que doit être le contenu d'un plan, recommande l'envoi d'une notice aux créanciers, et indique la répartition souhaitable des créanciers par catégories : créanciers titulaires de sûreté, créanciers privilégiés, créanciers chirographaires, actionnaires,.... Il préconise également des règles de majorité lors du vote des créanciers par catégorie. Le guide examine aussi un aspect essentiel du plan de redressement : son opposabilité. L'idée dominante est qu'une fois un plan voté par une majorité significative de créanciers, il doit être opposable, ou rendu opposable par l'homologation à tous les créanciers (par une clause dite de « *cram down* »), du moment que les créanciers opposants se trouvent dans une situation qui n'est pas plus défavorable que ce qu'ils auraient obtenu dans le cadre d'une liquidation. Cette disposition, au départ incluse dans le Code américain de la banqueroute, a été insérée notamment dans le Code allemand de l'insolvabilité en 1994. Elle contribue à assurer l'effectivité d'un plan et son acceptation par les créanciers.

Quant à l'homologation elle-même, la CNUDCI s'est penchée sur le rôle des tribunaux, qui n'est pas toujours considéré comme souhaitable : certains Etats estiment en effet que les créanciers sont mieux à même d'apprécier la solution économique la plus favorable à leurs intérêts. À cette réticence s'ajoute la crainte de voir les tribunaux exercer un magistère économique dans un domaine qui ne leur est pas familier. Cette réticence a une raison d'être dans la crainte (implicite) de voir les tribunaux décider du sort de l'entreprise pour des motifs autres que économiques, comme des faits de pollution ou des agissements délictueux, en dehors de toute défaillance financière. Il a été aussi noté que le pouvoir politique peut être tenté d'utiliser, via les tribunaux, les procédures d'insolvabilité pour mettre fin à l'activité d'entreprises jugées hostiles aux autorités en place. Aussi, le guide législatif recommande-t-il de réduire cet aléa, en limitant le rôle de l'autorité judiciaire au cas où le plan serait contesté, et en tous les cas, d'assurer la compétence économique et la formation des juges.

Cette position reflète bien une divergence sensible entre les juristes des pays de common law et ceux des pays de droit civil, où les tribunaux jouent un rôle déterminant.

8) La liquidation.

La liquidation conduit dans tous les systèmes législatifs à la vente des actifs du débiteur insolvable et à la répartition du produit entre ses créanciers, indépendamment des sanctions et interdictions contre les débiteurs et dirigeants fautifs. À l'égard des aspects patrimoniaux des procédures, la CNUDCI a préconisé d'établir de manière claire les différentes catégories de créanciers, afin que ceux-ci sachent, au moment de conclure une opération commerciale (fourniture de biens et de services, conclusion d'un bail, ...) leurs droits en cas d'insolvabilité. Le guide législatif prend acte de la variété des règles de procédure sur ce point, tout en suggérant le classement qui lui paraît souhaitable pour garantir une certaine prévisibilité des chances de règlement.

L'ordre de classement des créances proposé est ainsi le suivant : les frais d'administration de la procédure d'insolvabilité ; les créances bénéficiant d'un privilège général le plus souvent d'origine légale (ce privilège, parfois qualifié de droit de priorité, profite notamment aux créances salariales, aux créances fiscales, aux créances d'environnement et aux dommages et intérêts) ; le financement postérieur à l'ouverture de la procédure (qualifié de « *fresh money* », il est un outil indispensable du redressement) ; les créances bénéficiant de sûretés ; enfin les créances chirographaires, à égalité entre elles.

Tout en admettant les impératifs politiques et sociaux de chaque Etat, et les privilèges des créances salariales et fiscales, la CNUDCI recommande d'établir de préférence des systèmes de protection sociale tels qu'un fonds de garantie des salaires ou un privilège général ainsi que le recommande l'OIT (34), mais incite les législateurs à limiter les privilèges généraux en faveur des autorités fiscales. Si les privilèges légaux en faveur des créances fiscales et sociales se justifient (l'administration fiscale peut renoncer à l'exigibilité d'une créance fiscale en raison même de son privilège et favoriser ainsi la poursuite d'activité du redevable), ils présentent un effet indirect négatif sur la concurrence : soit que le non-recouvrement d'une créance fiscale puisse être assimilé à une subvention, soit que le privilège incite l'administration à négliger les initiatives nécessaires pour prévenir l'insolvabilité du redevable, soit encore qu'il fausse les règles de répartition. Plusieurs pays ont adopté cette voie en réduisant le nombre et/ou le poids des privilèges, comme l'Allemagne, la Suède, l'Autriche, le Danemark, ou en dernier lieu le Royaume-Uni, qui a aboli le privilège de la Couronne. Mais c'est aussi un pari sur l'avenir, de favoriser la poursuite ou la reprise d'une activité générant des richesses et un produit taxable à moyen terme, et d'accroître les chances de règlement des créanciers.

L'autre aspect de la liquidation est la situation du débiteur à l'issue de la procédure. Si le sort d'une personne morale n'a pas suscité de débat (la liquidation étant généralement suivie de la dissolution de la société), le sort de la personne physique a été plus longtemps discuté. Un courant majoritaire, mais pas unanime, a reconnu l'intérêt de la conception anglo-saxonne du nouveau départ accordé au débiteur failli et d'une remise général des dettes antérieures impayées. Cette conception a fait des émules en Europe dans les dernières années (notamment en France, au Royaume-Uni, en Allemagne et en Belgique), car elle combine l'avantage de la réinsertion du débiteur dans la vie économique et les aspects sociaux de l'effacement des dettes pour les personnes physiques. Cette vision dynamique et positive s'appuie sur une approche réaliste de la défaillance des entreprises, considérée comme un phénomène normal et non délictueux (indépendamment des abus qu'elle peut entraîner). Le guide législatif soutient une telle approche, en préconisant de fixer un délai à compter duquel le débiteur

serait libéré des dettes impayées, et d'énumérer les exceptions à cette mesure tout en indiquant que de telles exceptions doivent être limitées : elles concerneraient principalement l'hypothèse d'un comportement frauduleux du débiteur. Le droit français qui a acclimaté cette conception dans sa réforme de 1985, s'inscrit dans ce courant général de dépénalisation de la faillite. L'Union européenne elle-même, après une évaluation des lois européennes en ce domaine, préconise d'encourager la création d'entreprises en favorisant une telle mesure (35). Paradoxalement, si la remise général des dettes fait école, elle contribue au rapprochement des règles applicables et à une meilleure prévisibilité du droit pour les créanciers.

9. Questions annexes. Le guide législatif de la CNUDCI aborde diverses autres questions qui montrent à la fois ses ambitions et les limites de l'instrument non contraignant d'un guide. Parmi ces questions, figurent celle des négociations informelles et celle de l'insolvabilité des groupes de sociétés,

En effet, en marge des procédures judiciaires de redressement, le guide législatif encourage le recours à une pratique développée en particulier aux États-Unis sous le vocable de « *prepackaged bankruptcy procedures* », ou procédures de règlement accéléré. Ces procédures contribuent efficacement au redressement, en permettant à l'entreprise en difficulté de négocier un plan avec ses principaux créanciers avant même d'être insolvable, puis de soumettre ce plan à l'homologation du tribunal, par une procédure simplifiée. De telles procédures, qui empruntent à la fois au règlement amiable et au redressement judiciaire, remettent en cause les classifications auxquels les législateurs et praticiens de droit continental sont accoutumés, mais peuvent favoriser les négociations avec les établissements de crédit au détriment d'autres créanciers comme les fournisseurs, dans le souci prioritaire de réaménager l'endettement des entreprises sous le contrôle des bailleurs de fonds.

De plus, deux aspects de ces procédures posent problème, et ont nécessité une combinaison des conceptions différentes en présence. Une entreprise déjà insolvable peut-elle bénéficier d'un tel mode de règlement alors que la discipline collective devrait jouer et que dans bien des législations le débiteur est obligé par la loi à demander l'ouverture d'une procédure judiciaire ? Le plan adopté et homologué peut-il s'imposer aux créanciers qui n'ont pas adhéré à un tel accord préalable ? Sur ces deux points, la CNUDCI a tenu compte des réserves exprimées par de nombreux États, réserves touchant le plus souvent à l'intérêt général des créanciers et parfois à l'ordre public. En conséquence de quoi, le guide recommande d'admettre au bénéfice de ces procédures les débiteurs se trouvant sur le point d'être insolvable, et de limiter l'opposabilité du plan aux seuls créanciers ayant participé à cet accord. Les lois françaises de 1984 et de 1994 allaient déjà dans ce sens. Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises va plus loin, en assouplissant les conditions d'accès à la procédure de conciliation, qui serait ouverte au débiteur déjà insolvable depuis peu (36).

Quant aux groupes de sociétés, que le Règlement communautaire de 2000 sur les procédures d'insolvabilité avait écarté de son champ d'application (37), la CNUDCI s'est prononcée prudemment en faveur d'une réglementation de l'insolvabilité des entreprises liées par des liens de capitaux et dirigées par une maison-mère ou une société holding, mais sans en détailler les modalités. Le guide préconise ainsi de traiter différemment les dettes intra-groupe, les dettes externes et la solidarité passive des sociétés ainsi que celle de la maison-mère. La CNUDCI a su résister à la tentation de proposer des règles trop précises à cet égard, tant le traitement de l'insolvabilité d'un groupe et de ses différentes entités dépend de la situation juridique des différentes sociétés, relevant parfois de droits différents, du rôle de la maison-mère ou de la holding, des conventions internes (susceptibles d'annulation) et de

l'intérêt réel des créanciers de chacune des sociétés du groupe. Il existe en effet au moins deux types de problèmes liés aux groupes quant au traitement de la défaillance financière : le premier est la responsabilité d'un groupe pour les dettes d'une de ses entités, et l'autre est la possibilité d'étendre une procédure d'insolvabilité, ou au moins de coordonner deux procédures parallèles ouvertes contre des sociétés du même groupe (38). Une approche universaliste de la faillite n'est pas nécessairement la réponse adaptée à ces deux questions. Les intérêts contradictoires en présence peuvent en effet tantôt justifier de « consolider » les différentes sociétés d'un groupe au regard d'une ou de plusieurs procédures d'insolvabilité, et tantôt de traiter séparément les actifs et les passifs de ses composantes. Le regroupement de plusieurs sociétés d'un groupe dans le cadre d'une ou de plusieurs procédures d'insolvabilité ne se justifierait que par un intérêt économique clairement identifié.

10. Conclusion. Avec le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité, la CNUDCI apporte sa contribution aux efforts d'harmonisation du droit commercial en donnant une légitimité accrue aux initiatives des organismes professionnels et aux représentants d'intérêts particuliers tels que les établissements financiers. Le guide s'insère également dans un véritable mouvement d'harmonisation, sinon de « modélisation » des règles de procédure, à l'instar des travaux menés parallèlement dans le domaine de la procédure civile, en particulier par Unidroit et l'Institut du droit américain (39). Plus précisément à l'égard des procédures collectives, le guide propose aux législateurs à la fois des principes généraux et des règles détaillées, que chaque législateur pourrait adopter et adapter à son propre système juridique. Le guide législatif révèle aussi là ses limites, en laissant ainsi à chaque Etat non seulement la responsabilité de transcrire ses recommandations mais aussi de leur assurer leur effectivité. La mise en oeuvre du guide requiert en effet, au-delà de ses règles, l'adoption ou l'amélioration du cadre légal général et des structures administratives et judiciaires nécessaires pour les appliquer. En tous les cas, le guide législatif constitue un démenti aux critiques formulées contre la modélisation du droit, taxée parfois de recherche du plus petit commun dénominateur (40). En allant aussi loin dans le détail des règles procédurales, la CNUDCI a montré enfin que les divergences de conception sont parfois plus théoriques que réelles, puisqu'elles n'empêchent pas l'adoption de principes et de règles de fonctionnement compatibles avec les différentes lois nationales. Les Etats européens sauront-ils rapprocher leurs droits, après l'étape précédente de la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires rendues en ce domaine ?

Références :

1. Règlement CE 1346/2000 du 29 mai 2000 sur les procédures d'insolvabilité. Voir nos obs. : La mise en oeuvre du règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité question de procédure, D 2003 chron. p. 1421, et F. Jault-Seseke et D. Robine, Le droit européen de la faillite, D 2004, chron. p. 1009.
2. Sur la loi modèle de l'insolvabilité internationale, voir texte : www.uncitral.org/fr-index.htm. La loi modèle a été adoptée ou est en cours d'adoption en particulier en Afrique du Sud, au Mexique, aux États-Unis et au Royaume-Uni.
3. Voir nos observations, la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, D 1998 chron. p. 157.
4. Sur la protection des créanciers, « Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems », Banque mondiale 2001 ; voir le texte sur le site de la Banque mondiale : www.worldbank.org/ifa/ipg_fr.pdf.

Voir aussi l'étude du Fonds monétaire international, « Orderly effective insolvency procedures ; key issues », éd. IMF 1999.

5. L'Association Internationale du Barreau a établi un « concordat » sur les procédures transfrontalières, destiné à régler la coopération des procédures collectives parallèles. Sur ce concordat, voir Petites Affiches, 4 décembre 1995 (n° sp.).

Quant à l'association internationale de praticiens « Insol international », elle a établi des Principes directeurs applicables aux négociations informelles entre les entreprises en difficulté et leurs principaux créanciers (« Statement of principles for a global approach to multicreditor workouts », document disponible sur le site : www.insol.org).

6. La version disponible du projet de guide sur le droit de l'insolvabilité est publiée sur le site de la CNUDCI : www.uncitral.org/fr-index.htm (document de travail : A/CN.9/WGV/WP. 70 (Parties I et II)). Sur les missions de la CNUDCI et ses méthodes de travail, voir R Sorieul, Le mandat de la CNUDCI, une lecture évolutive, Petites Affiches 18 déc. 2003, n° sp. 252 p. 5.

7. Conventions sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958), sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (1974), sur les transports de marchandises par mer (1978), sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1988).

8. Lois-modèles sur l'arbitrage (1985), sur les virements internationaux (1992), sur le commerce électronique (1996), sur l'insolvabilité internationale (1997), sur la signature électronique (2001).

9. Recommandations sur l'arbitrage (1982), sur la valeur juridique des enregistrements informatiques (1985). Sur ces différents accords, voir : S. Poillot-Peruzzetto, Les méthodes de la CNUDCI, le choix de l'instrument, Petites Affiches, op. cit. p. 43.

10. Sur l'OHADA, voir J. Issa Sayegh, L'OHADA, un instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc, R. Jur. Com. 1999, p. 237 ; sur l'Acte uniforme de 1998 sur les procédures collectives, voir F. M. Sawadogo : OHADA, Droit des entreprises en difficulté, éd. Bruylant, Bruxelles 2002. Texte de l'Acte uniforme de 1998 sur le site de l'OHADA : www.ohada.com.

11. Voir notamment dans le domaine de l'insolvabilité : Projet Best, Restructuration, dépôt de bilan et nouveau départ, DG Entreprises 2003.

12. H. Kenfack, La limitation des textes de la CNUDCI aux relations internationales, Petites Affiches, op. cit. p. 75.

13. Le glossaire figurant dans la première partie du guide législatif (voir supra note 6) propose une définition des termes les plus usités par le guide, sans imposer une conception commune. La plupart d'entre eux sont conformes au droit français, même si quelques-uns expriment des notions différentes et moins familières, compte tenu des systèmes législatifs représentés.

14. En outre, pour souligner la complémentarité des travaux, la CNUDCI a décidé de diffuser conjointement le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité avec les Principes établis par la Banque mondiale relatifs à l'insolvabilité et aux systèmes applicables aux droits des créanciers (voir supra, note 4).

15. On soulignera que le guide n'a pas d'effet contraignant et qu'elle n'adopte les textes que par consensus (sur ce point, voir S. Poillot-Peruzzetto, op. cit. supra note 9), ce qui est une méthode souple et par définition d'une effectivité limitée (cf. B Goldman, Les travaux de la CNUDCI, JDI, 1979, p. 747). La terminologie utilisée par le guide reflète cette démarche : « une loi sur l'insolvabilité devrait indiquer » ..., « pourrait contenir ... ».

16. Voir supra notes 2 et 3.

17. Comp. Règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000, art. 3 et 4.

18. Les termes d'« activités économiques » (« *economic activities* »), retenus pour définir les entreprises concernées recouvrent un domaine plus large qu'activités commerciales (« *business activities* ») et évitent des risques d'incompréhension dans l'interprétation du guide. Les associations et les organismes à but non caritatif ou philanthropique concourent également à l'activité économique. La CNUDCI cependant n'a pas voulu prescrire des limites strictes au champ d'application de ses recommandations, car si certains Etats ont une approche extensive du droit de l'insolvabilité (Royaume-Uni, Etats-Unis, Allemagne) d'autres le restreignent volontairement aux seuls commerçants (Italie).

19. Voir le texte de la proposition du Fonds monétaire international sur le site du FMI: www.imf.org/external/np/speeches/2001. Sur ce point, voir: A. Krueger, Vers une mise en faillite des Etats ? La proposition Krueger, in Problèmes économiques, 2002 n° 2763, p. 28, éd. Doc. française); C. Paulus, Some thoughts on an insolvency procedure for countries, The American Journal of Comparative law, 2002 Vol. 5 n° 3; J. Sgard, Quelle architecture financière internationale après le rejet de la proposition Krueger ?, in Problèmes économiques, 2003, n° 2826 p. 8, éd. Doc. française.

20. Règl. (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000, art. 3.1

21. Suivant la loi-modèle de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, le terme « procédure étrangère principale » désigne une procédure d'insolvabilité étrangère qui est ouverte dans l'Etat où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux (loi-modèle, art. 2 b et 17.2 a).

22. C.Comm. art. L. 620-1 et L. 631 4 (nouveaux) (Projet de loi de sauvegarde des entreprises).

23. Cette conception, également présente dans la loi-modèle de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (loi-modèle, art. 5 et 21) et dans le règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000, est partagée par la plupart des Etats membres, même si la mise en oeuvre de l'universalité relève de la souveraineté des Etats et des limitations apportées à l'exécution des décisions étrangères.

24. Parallèlement à l'élaboration du guide sur le droit de l'insolvabilité, la CNUDCI a entrepris des travaux en vue d'établir un guide sur le droit des sûretés (« opérations garanties »), dont un aspect important concerne le sort des biens grevés en cas d'insolvabilité. Les principes évoqués ici ont pu être élaboré conjointement avec les experts de ce groupe de travail (le projet de guide sur les sûretés peut être consulté sur le site de la CNUDCI cité supra note 6, sous la réf. A/C N. 9/ WG VI/ WP 6.

25. La suspension générale des poursuites individuelles s'applique ab initio, sous réserve de la faculté pour les créanciers d'en demander un aménagement ou la mainlevée (USC, art. 362).

26. D. du 27 déc. 1985, art. 3 in fine.

27. Le « *cherry picking* » est parfois considéré comme un risque pour les partenaires cocontractants de l'entreprise en difficulté. Sur ce risque, voir D. Robine, La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives, n° 480 p. 261, LGDJ, 2003.

28. La Convention OIT n° 173 du 23 juin 1992 et la Recommandation n° 180 du même jour prescrivent de reconnaître aux salariés un privilège général avec une durée minimum de salaires privilégiés de trois mois, primant sur les autres créances y compris les créances privilégiées de l'Etat et de la Sécurité sociale, ainsi que l'établissement d'un fonds de garantie pour les salaires.

29. La CNUDCI a prévu de définir ces contrats ainsi : « toute opération au comptant, à terme, sur option, ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indice ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes, effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international de 2002 ». Le souci d'assurer la sécurité des marchés financiers a conduit la CNUDCI à déroger aux règles relatives à la continuation des contrats, à la suspension des poursuites individuelles, à la compensation des créances ainsi qu'à la période suspecte. Sur cette problématique, on se reportera à la thèse de D. Robine, op. cit. supra note 27. Voir aussi : C. Boillot, *Droit bancaire et financier et procédures collectives : exception ou contradictions ?* D 2003, p. 2741, et Lamy *Droit civil, Droit des sûretés* 2004, n° 263-70.

30. Pour une illustration des différences entre les législations de quelques droits européens qui souligne l'hétérogénéité des solutions, voir : *Prévention et gestion du contentieux en Europe*, Editions Législatives, 2003.

31. Voir supra note 29.

32. C. Comm. art. L. 651-3 nouveau (Projet de loi de sauvegarde des entreprises).

33. C. Comm. art. L. 626-6 et s. nouveaux (Projet de loi de sauvegarde des entreprises).

34. Voir supra note 28.

35. La remise de dettes est, sous des formes variées et plus ou moins favorables au débiteur, prévue par un grand nombre de législations européennes (France, Allemagne, Royaume-Uni, Belgique, Autriche, Pologne, Finlande...). Cette remise, également qualifiée d'« annulation du solde des dettes », est jugée « capitale pour favoriser le redémarrage et l'activité entrepreneuriale » (Rapport Projet Best, cité supra, voir note 11).

36. C. Comm. art. L. 611-4 nouveau (Projet de loi de sauvegarde des entreprises).

37. Le règlement (CE) 1346/2000 du 29 mai 2000 ne traite que de l'insolvabilité des personnes physiques ou morales, et des effets de la procédure d'insolvabilité sur leurs biens et leurs éventuels établissements secondaires. Les filiales, relevant de droits différents et dotées d'un patrimoine distinct (actifs séparés et passifs propres), restent soumises à des procédures différentes. La jurisprudence des tribunaux britanniques a cependant utilisé les dispositions communautaires relatives au centre des intérêts principaux et à la loi applicable de l'Etat d'ouverture, pour concentrer la gestion d'un groupe entre les mains d'une seule juridiction (cf. CA Versailles 4 sept. 2003 D 2003, p. 2352 obs. J.-L. Vallens, JCP éd E 2003 1747, obs G.-A. Likimbala, Act. Proc. Coll. 2003, n° 17, n° 224, note J.-P. Dom, *Dr et patrimoine* 2004, n° 122, p. 28, comm. G. Brémond).

38. Cf. L. LoPucki, *Cooperation in international bankruptcy, a post-universalist approach*, cité par J. Westbrook, *A global solution to multinational default*, *Michigan Law Review* 2000, vol. 98 n°7, p. 2312.

39. Sur les projets de l'American Law Institute et de Unidroit, voir S. Guinchard, *La procédure mondiale modélisée*, D 2003, chron. p. 2183.

40. K. Pistor, *The standardization of law and its effects on developing countries*, *The American Journal of comparative law* 2002, vol. 5, n°1, p. 97.