



Assemblée générale

Distr. limitée
1^{er} mars 2018
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Cinquante-troisième session
New York, 7-11 mai 2018

Insolvabilité des micro-, petites et moyennes entreprises

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Dispositions clefs du Guide pertinentes pour l'insolvabilité des MPME	3
A. Liquidation	3
B. Redressement	6
C. Décharge	12
D. Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et tiers garants	15
III. Questions relatives aux MPME qui ne sont pas traitées dans le Guide	17



I. Introduction

1. À sa quarante-sixième session, en 2013, la Commission a prié le Groupe de travail V d'effectuer un examen préliminaire de questions ayant trait à l'insolvabilité des MPME, en particulier celle de savoir si le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide) fournissait des solutions suffisantes et adaptées à ces entreprises.
2. À sa quarante-cinquième session, en avril 2014, le Groupe de travail V est convenu i) que les problèmes auxquels faisaient face les MPME n'étaient pas entièrement nouveaux et que des solutions devraient être élaborées à la lumière des principes fondamentaux applicables à l'insolvabilité et des orientations données dans le Guide (voir [A/CN.9/WG.V/WP.121](#)) ; ii) qu'il n'était pas nécessaire d'attendre les résultats des travaux du Groupe de travail I pour commencer l'étude des régimes d'insolvabilité applicables aux MPME ; et iii) que, si ces travaux pourraient constituer une partie supplémentaire du Guide, aucune conclusion définitive sur ce point ne pourrait être formulée tant que les questions pertinentes n'auraient pas été analysées de manière approfondie.
3. À sa quarante-septième session, en 2014, la Commission a chargé le Groupe de travail V d'entreprendre des travaux sur l'insolvabilité des MPME, tâche qui devait constituer sa prochaine priorité une fois achevés les travaux sur l'insolvabilité internationale des groupes d'entreprises et sur la reconnaissance et l'exécution des jugements liés à l'insolvabilité.
4. À sa quarante-neuvième session, en mai 2016, le Groupe de travail V i) a noté l'importance de la question de l'insolvabilité des MPME et le large appui exprimé en son sein pour que des travaux soient engagés sur cette question ; et ii) a recommandé que la Commission précise le mandat qu'elle lui avait donné, à sa quarante-septième session, afin qu'il se lise comme suit : « Le Groupe de travail V est chargé de mettre au point des mécanismes et solutions appropriés, destinés aux personnes tant physiques que morales qui ont des activités commerciales, pour remédier à l'insolvabilité des MPME. S'il convient que les principes fondamentaux applicables à l'insolvabilité et les orientations données dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité servent de point de départ aux discussions, le Groupe de travail devrait chercher à adapter les mécanismes prévus dans le Guide législatif aux besoins particuliers des MPME et à concevoir des mécanismes nouveaux et simplifiés en fonction des besoins, en gardant à l'esprit que ceux-ci devaient être équitables, rapides, souples et peu coûteux. La forme des travaux à mener devrait être déterminée ultérieurement, compte tenu de la nature des diverses solutions élaborées ».
5. À sa quarante-neuvième session, en 2016, la Commission a précisé le mandat du Groupe de travail V conformément à la formulation présentée au paragraphe 4.
6. À sa cinquante et unième session, le Groupe de travail a confirmé qu'il pourrait commencer ses travaux en examinant les différents thèmes abordés dans le Guide et en se demandant, pour chacun d'entre eux, si le traitement prévu était approprié et nécessaire aux fins d'un régime d'insolvabilité destiné aux MPME, en s'appuyant sur le bref tableau dressé dans le document [A/CN.9/WG.V/WP.121](#). Si le traitement n'était pas adéquat, on pourrait réfléchir aux modalités de son éventuelle modification pour l'adapter à l'insolvabilité des MPME. Il conviendrait par ailleurs de s'attacher à des questions qui n'étaient pas traitées dans le Guide mais qu'il faudrait néanmoins aborder dans un régime d'insolvabilité destiné aux MPME. Le Groupe de travail a également dit souhaiter examiner comment une approche modulaire pourrait contribuer à l'agencement des éléments requis pour la mise en place d'un régime d'insolvabilité efficace pour les MPME.
7. La présente note, qui devrait être lue en parallèle avec les documents [A/CN.9/WG.V/WP.121](#) et [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), traite de questions se posant en relation avec l'insolvabilité des MPME, en se référant au Guide. Étant donné que l'on trouve des MPME de natures très diverses et hétérogènes, il n'est pas tenté d'en donner ici une

définition commune. Néanmoins, il est clair que toutes les formes de MPME entreraient dans la portée du Guide, qui couvre tous les débiteurs, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, qui exercent une activité économique¹.

II. Dispositions clefs du Guide pertinentes pour l'insolvabilité des MPME

A. Liquidation

8. Afin de recenser, de protéger et de liquider les actifs limités d'une MPME débitrice tout en réduisant au minimum les pertes supplémentaires, il faut notamment tenir compte des points clefs suivants :

- a) Accès à des procédures de liquidation rapides et peu coûteuses ;
- b) Traitement des actifs susceptibles de constituer la masse de l'insolvabilité, ou d'en être exclus ;
- c) Financement de l'administration de la procédure de liquidation ; et
- d) Résolution des points ci-dessus pour permettre un nouveau départ.

1. Accès de la MPME débitrice

9. La recommandation 15 du Guide prévoit deux critères différents pour l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité : le débiteur est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance (critère de la cessation des paiements) ; ou le passif du débiteur dépasse la valeur de son actif (critère du bilan). Si l'on adopte un seul critère, on retiendra celui de la cessation des paiements et non du bilan.

10. En effet, comme de nombreuses MPME informelles ne tiennent pas de registre à proprement parler, le critère du bilan risque de ne pas être pratique, de plus, l'obligation de déposer des documents financiers risque de décourager les MPME de demander l'ouverture d'une procédure en temps utile. Par ailleurs, il y a bien des chances que les actifs et passifs personnels soient mélangés à ceux de l'entreprise, en particulier lorsque le débiteur de la MPME est une personne physique. Lorsque l'entreprise ne marche pas bien, mais que le débiteur à titre personnel possède de nombreux actifs, l'analyse du bilan risque d'empêcher l'accès à une procédure de liquidation. Compte tenu de l'importance des garanties personnelles utilisées par des MPME désireuses d'emprunter, l'analyse du bilan risque d'être incomplète si elle ne reflète pas les engagements des personnes qui sont aux commandes de ces entreprises.

11. En revanche, le critère de la cessation des paiements peut être plus facile à appliquer. Comme évoqué dans le Guide (deuxième partie, chapitre I, par. 23, 33 et 34), certaines lois peuvent accepter une simple déclaration concernant la situation financière du débiteur indiquant qu'il n'est pas en mesure ou n'a pas l'intention de rembourser ses dettes ; préciser les indicateurs de l'incapacité du débiteur à rembourser ses dettes ; ou établir une présomption d'incapacité lorsque celui-ci cesse de rembourser ses dettes. Toutefois, on risque de rencontrer le même problème avec le critère de la cessation des paiements pour ce qui est d'évaluer précisément le degré de solvabilité d'une MPME si celui-ci ne tient pas compte des dettes personnelles susceptibles d'être mélangées aux dettes de l'entreprise.

12. On pourrait envisager plusieurs autres moyens de déterminer l'accès aux procédures, qui impliquent l'utilisation d'indicateurs objectifs ou subjectifs. Les indicateurs objectifs peuvent être liés à l'encours de la dette, à la valeur des revenus et/ou des actifs disponibles, ou au ratio dette/revenu, et utiliser des plafonds minimums ou maximums qui diffèrent d'un État à l'autre. Les indicateurs subjectifs peuvent consister à demander au débiteur qu'il démontre sa « bonne foi », son caractère

¹ Guide législatif, Introduction, par. 1.

raisonnable, ou prouve que les dettes ont été causées par des événements indépendants de sa volonté ou ne résultent pas d'un acte intentionnel ou d'une négligence grave. L'accès peut aussi dépendre de facteurs tels que la capacité du débiteur à supporter les coûts administratifs de la procédure (voir par. 23 à 25 ci-dessous).

13. Quel que soit le critère adopté, il faut avant tout veiller à ne pas imposer aux débiteurs de MPME une charge trop lourde ou accaparante pour ce qui est de prouver l'insolvabilité, pour éviter que ceux-ci ne s'abstiennent de demander l'ouverture d'une procédure de liquidation ou ne retardent leur demande. De plus, il est souhaitable d'adopter une approche globale en matière d'évaluation de l'insolvabilité des MPME, qui tienne compte des actifs, passifs ou garanties personnels utilisés par des personnes physiques pour appuyer les activités de l'entreprise. De même, tel qu'il est noté dans le Guide (deuxième partie, chapitre VI, par. 12), lorsqu'un système juridique fait la distinction entre les dettes de l'entreprise et les dettes personnelles, il peut être impossible d'appliquer des règles différentes selon la catégorie de dettes, surtout pour les personnes physiques qui gèrent des MPME, dans lesquelles les dettes de l'entreprise et les dettes personnelles sont souvent mélangées. Une procédure traitant des deux types de dettes pourrait par conséquent être souhaitable. Une procédure de demande à la fois d'ouverture et de coordination de procédures liées peut aussi être utile dans le cas de MPME impliquant des membres de la famille.

14. L'approche la plus libérale consisterait à permettre aux MPME débitrices d'accéder à une procédure de liquidation sans avoir à déclarer ni prouver une situation financière particulière quelconque². Le fait de réduire les obstacles à cet accès et d'éliminer le discrédit lié à une déclaration d'insolvabilité pourrait encourager les MPME à agir rapidement, pour autant que des garanties contre les abus aient été mises en place.

15. Une garantie pourrait consister à limiter la fréquence des accès, soit en empêchant le dépôt de demandes multiples par le même débiteur pendant une certaine période, soit en soumettant la personne introduisant de multiples demandes à une vérification plus poussée, l'ouverture d'une procédure étant uniquement autorisée dans des circonstances exceptionnelles. D'autres solutions visent à examiner, voire sanctionner, la conduite du débiteur en permettant aux créanciers et à d'autres personnes intéressées de formuler des objections auprès du tribunal³.

2. Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

16. Le Guide (recommandations 38 et 109) traite des actifs qui peuvent être exclus de la masse lorsque le débiteur est une personne physique. Ces recommandations ne s'appliquent pas seulement au débiteur d'une MPME qui est une personne physique, mais devraient aussi s'appliquer lorsque celui-ci est une personne morale mais que les actifs de l'entreprise sont mélangés avec les actifs personnels d'une personne physique. Dans ce dernier cas, la personne physique qui gère la MPME pourrait effectivement se trouver en situation d'insolvabilité personnelle et devrait, par conséquent, bénéficier de la même protection.

17. On peut recenser trois approches possibles en matière d'exclusion d'actifs.

18. Dans la première, la loi peut distinguer certains actifs d'un montant total plafonné dont le débiteur pourra demander l'exclusion de la masse. Cela signifie que tous les éléments d'actif admissibles du débiteur deviennent automatiquement la propriété de la masse et qu'il appartient au débiteur d'en demander l'exclusion au tribunal. Parmi les actifs qui peuvent être exclus figurent, par exemple, le mobilier, les biens d'équipement ménager, la literie, les vêtements et les outils de travail.

19. Dans la deuxième, la loi peut distinguer différentes catégories d'actifs exclus, chacune étant plafonnée à un certain montant. Cette approche peut être plus souple que la première. Les catégories d'actifs concernées peuvent différer selon la situation

² Ibid., deuxième partie, chap. I, par. 33.

³ Ibid., chap. III, recommandation 137.

individuelle du débiteur. Dans certains systèmes, si ce dernier n'utilise pas entièrement le plafond d'exclusion dans une catégorie d'actifs (par exemple, la maison familiale), la loi peut prévoir qu'il pourra appliquer la partie non utilisée à d'autres catégories d'actifs. D'autres systèmes autorisent le débiteur à vendre certains actifs pour acheter des actifs exclus.

20. Dans la troisième, la loi peut adopter une approche plus générale fondée sur des normes qui, contrairement aux deux autres, exclut par défaut de la masse les actifs du débiteur et prévoit qu'il appartient au représentant de l'insolvabilité de s'opposer à l'exclusion de certains actifs. Le tribunal pourra ordonner que ces actifs soient réclamés pour la masse. Étant donné que le représentant de l'insolvabilité devra uniquement intervenir si le débiteur a des actifs particuliers qui pourraient intéresser les créanciers, cette solution peut être plus efficace dans les cas où le nombre d'actifs disponibles pour la répartition est limité. Dans d'autres cas, toutefois, le représentant de l'insolvabilité devra peut-être chercher à se renseigner sur les actifs du débiteur, surtout lorsque les actifs personnels et les actifs de l'entreprise sont mélangés, ou lorsque des actifs ont été dissimulés ou transférés à l'approche de l'insolvabilité.

21. L'utilisation de limites raisonnables mettant l'accent sur la réhabilitation du débiteur doit être encouragée et la loi pourra habiliter le tribunal à élargir la gamme d'actifs exclus au-delà des limites fixées par défaut afin de répondre aux besoins de certains débiteurs. Par contre, en présence d'éléments attestant de la mauvaise foi ou d'actes déloyaux de la part du débiteur, la loi pourra permettre au tribunal de récupérer des actifs qui seraient autrement exclus⁴.

22. La loi pourra permettre que les actifs de l'entreprise soient vendus avant les actifs personnels. Les ventes privées pourront aussi être autorisées, à côté des ventes aux enchères, si telle est la solution qui permet au mieux d'optimiser la valeur des biens du débiteur.

3. Cas d'insuffisance des actifs

23. Dans la pratique, les MPME présentent davantage de risques que les autres débiteurs de disposer d'actifs insuffisants, voire de ne pas disposer d'actifs du tout, pour financer l'administration d'une procédure de liquidation. Si ce genre de cas se produit régulièrement, les réponses qui leur sont apportées diffèrent, comme c'est indiqué dans le Guide (deuxième partie, chapitre I, par. 72 à 75). Certaines lois exigent que le tribunal refuse l'ouverture ou mette fin à la procédure, tandis que d'autres prévoient des mécanismes spécifiques pour l'administration de la procédure, y compris l'imposition, aux créanciers, de frais supplémentaires pour financer cette administration ; la création d'un service public ou l'utilisation d'un service existant ; la constitution d'un fonds servant à financer les dépenses ; ou la nomination d'un professionnel de l'insolvabilité choisi sur une liste ou par roulement. Ces mécanismes peuvent être associés à d'autres mesures pour réduire le coût de la procédure de liquidation pour les MPME débitrices (voir par. 26 à 29 ci-après).

24. Étant donné que les débiteurs de MPME concernés sont, dans un nombre élevé de cas, des personnes physiques, il faudrait dans ces cas chercher à leur donner la possibilité d'un nouveau départ. En effet, si le tribunal refuse d'ouvrir ou clôt une procédure de liquidation en raison de l'insuffisance des actifs, cela ne réglera pas la situation financière du débiteur.

25. On pourrait envisager une exception pour les particuliers disposant d'actifs limités qui pourraient, autrement, prétendre à une décharge⁵. Dans un pays, par exemple, la demande de liquidation formée par un débiteur individuel est réputée être une demande de libération et, même si le débiteur est incapable de couvrir le coût de la procédure, la fin de la procédure de liquidation entraîne l'ouverture immédiate de la procédure de libération, ce qui offre au débiteur une possibilité de sortie rapide. Le tribunal peut réduire le montant qui doit être prépayé par le débiteur pour couvrir le coût de la

⁴ Au sujet des opérations annulables, voir *ibid.*, chap. II, recommandation 87 et par. 170 à 179.

⁵ *Ibid.*, chap. I, recommandation 26 a) et par. 74.

procédure. D'autres pays ont mis en place d'autres solutions, sous la forme de mesures d'allègement de la dette, prévoyant que les débiteurs disposant d'actifs insuffisants qui répondent aux critères peuvent demander à être libérés de leurs dettes après un bref délai (par exemple un an). Dans ce cas, il faudra peut-être toutefois tenir compte du risque de faillites en série.

4. Procédures simplifiées

26. Plusieurs systèmes juridiques prévoient une forme de procédure de liquidation simplifiée ou accélérée, qui implique généralement des délais plus brefs⁶ et des formalités procédurales plus réduites, ainsi qu'une moindre surveillance de la part du tribunal, de manière à permettre des économies de temps et d'argent.

27. Parmi les mesures qui peuvent être prises pour simplifier le processus d'admission des créances, on peut envisager de réduire les exigences en matière de preuves requises pour faire valoir une créance ; de limiter les créances à vérifier à celles qui ont des chances d'être remboursées ; de renvoyer immédiatement les créances présentées à une assemblée des créanciers à des fins de vérification ; d'éliminer l'obligation de passer par une audience pour vérifier les créances ; et de réduire les délais pour formuler des objections et régler les litiges concernant d'éventuelles créances litigieuses⁷.

28. Lors de la liquidation de MPME, on rencontre souvent le cas où une créance unique litigieuse ou impayée est le principal actif de l'entreprise. Une solution simple peut consister, pour le tribunal, une autre institution ou un représentant de l'insolvabilité, à statuer sommairement sur la créance litigieuse, le tribunal pouvant ensuite être saisi en appel pour procéder à un réexamen complet. Une autre solution peut consister à autoriser la vente de la créance litigieuse à un prix réduit, pour autant qu'il existe un marché secondaire pour les petites créances, ou à céder la créance au représentant de l'insolvabilité ou à un agent public, qui se chargera ensuite de régler le litige et de recouvrer la créance. La procédure pourrait prendre fin après la remise d'autres actifs, par la MPME débitrice, à des fins de liquidation, sans attendre le règlement du litige et le recouvrement de la créance.

29. On peut mettre en place une procédure simplifiée pour la répartition, surtout lorsque les actifs disponibles sont inférieurs à une certaine limite légale, par exemple ; en limitant les exigences en matière de notification ; en autorisant le tribunal à rendre la décision finale, plutôt que les créanciers ; ou en prévoyant qu'une répartition unique est la norme, pour autant que les dividendes supplémentaires puissent être répartis sur une base discrétionnaire. Si l'ensemble des créanciers s'entendent sur les montants et les priorités des créances, ainsi que sur les délais et les modes de répartition, le tribunal pourra ordonner que celle-ci soit effectuée sur une base consensuelle.

B. Redressement

30. On pourra concevoir un cadre de redressement en adaptant et modifiant le cadre défini au chapitre IV de la deuxième partie du Guide, l'objectif étant de promouvoir le redressement des MPME. Ce cadre pourrait prévoir :

- a) L'accès précoce à une procédure de redressement ;
- b) La limitation des coûts et délais impliqués dans le redressement ; et
- c) La limitation des exigences relatives à la participation des créanciers pour lutter contre la passivité de ceux-ci.

⁶ Grèce : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 23 ; Inde : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 26.

⁷ Grèce : *ibid.*

1. Accès précoce

31. Étant donné son caractère préventif, le redressement devrait être disponible avant que la MPME débitrice ne devienne insolvable. Comme il est indiqué dans le Guide (deuxième partie, chapitre I, par. 46), le critère d'ouverture d'une procédure de redressement devrait être plus souple que le critère d'ouverture d'une procédure de liquidation. La loi n'exigera pas nécessairement que la MPME débitrice déclare son insolvabilité lorsqu'elle fait une demande de redressement, et pourra autoriser l'ouverture lorsque l'insolvabilité est possible ou probable, ce que la MPME pourra par exemple prouver en démontrant qu'elle n'est pas capable de surmonter les difficultés économiques, financières ou juridiques qu'elle rencontre.

32. Il n'existe toutefois pas de consensus en ce qui concerne la question de savoir si la viabilité de la MPME doit ou non être une condition préalable à la demande de redressement. Certaines lois exigent que le débiteur démontre qu'il n'est pas en mesure de rembourser les dettes à leur échéance sans hypothéquer la poursuite de ses activités, tandis que d'autres laissent aux créanciers le soin d'évaluer la viabilité de l'entreprise. Afin que le tribunal puisse disposer d'une évaluation indépendante de la viabilité, la loi pourra exiger la nomination d'un représentant de l'insolvabilité ou d'une autre personne pour examiner les affaires du débiteur. Dans un certain pays, un débiteur individuel indépendant qui n'a ni revenu ni actif est légalement fondé à proposer un « plan zéro » qui ne prévoit aucun paiement aux créanciers (ce qui revient à être libéré de toutes ses dettes)⁸.

33. Le Guide (recommandation 139) prévoit qu'un plan de redressement peut être proposé au moment de l'ouverture, voire après l'ouverture, de la procédure d'insolvabilité, plutôt qu'à titre initial. Étant donné que la MPME débitrice ne sera peut-être pas en mesure d'élaborer un plan réaliste à un stade peu avancé, le fait de pouvoir proposer un plan après l'ouverture pourrait faciliter l'accès précoce à une procédure de redressement⁹. Si un arrêt des poursuites entre en vigueur à l'ouverture, cela pourrait aussi donner un « répit » au débiteur pour négocier avec les créanciers¹⁰. Ces avantages sont particulièrement importants pour les MPME, qui sont plus sujettes aux difficultés financières que des entreprises plus grandes et moins susceptibles de se remettre, le cas échéant, d'un long épisode de difficultés.

34. Comme il est noté dans le Guide, on peut envisager diverses possibilités en ce qui concerne le rôle des créanciers dans la proposition d'un plan (deuxième partie, chapitre IV, par. 10, 11 et 13). On peut notamment donner au débiteur, en exclusivité, l'occasion de proposer un plan sans l'intervention des créanciers ; lui donner la possibilité de proposer un plan dans un certain délai, faute de quoi le ou les créanciers pourront proposer leur propre plan ; ou permettre aux parties de proposer simultanément des plans concurrents. D'autres possibilités peuvent impliquer tant le débiteur que tout ou partie de ses créanciers : la loi peut permettre au débiteur de proposer un plan avec l'appui d'un créancier qui détient une certaine proportion de la dette ; ou obliger les parties à coopérer en vue de la négociation et de la proposition d'un plan¹¹. La mesure dans laquelle le créancier est impliqué à l'étape de la proposition est étroitement liée à la procédure d'approbation du plan proposé par les créanciers ou le tribunal (voir par. 47 ci-dessous). De plus, il peut être utile de réduire le délai accordé aux MPME débitrices pour proposer un plan, celles-ci ayant généralement des opérations et des arrangements financiers moins complexes.

2. Débiteur en possession

35. La recommandation 112 du Guide note que différentes approches peuvent être adoptées en ce qui concerne le rôle joué par le débiteur dans la poursuite des activités pendant la procédure de redressement.

⁸ Allemagne : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 21.

⁹ Guide législatif, deuxième partie, chap. IV, par. 7.

¹⁰ Ibid., deuxième partie, chap. II, par. 28.

¹¹ Ibid., chap. IV, par. 8.

36. La tendance actuelle consiste à laisser le débiteur en possession, l'accent étant mis sur la réhabilitation des MPME. Ceci se justifie par le fait : que les propriétaires et gestionnaires de MPME ont souvent des connaissances privées au sujet de l'entreprise, ainsi que des relations de longue date avec les créanciers, fournisseurs et clients ; que les montants en jeu peuvent être insuffisants pour financer la nomination d'un représentant de l'insolvabilité ; et que le risque d'être retiré des commandes peut décourager les entreprises familiales de petite taille de demander une intervention en temps utile.

37. Il faut mettre en balance les avantages que présente le fait de laisser le débiteur en possession et les éventuelles conséquences d'un comportement irresponsable ou frauduleux de sa part. On pourra ainsi prévoir, dans certaines circonstances, que le tribunal nomme un représentant de l'insolvabilité ou une autre personne pour surveiller le débiteur. Dans un certain pays, le tribunal nomme un superviseur pour surveiller la gestion de l'entreprise par le débiteur en possession dans presque tous les cas de MPME qui ne sont pas cotées en bourse (dans ce dernier cas, un administrateur sera obligatoirement nommé), tandis que dans un autre, la loi permet au tribunal de nommer un gardien lorsque le débiteur ou son ou ses représentants se sont rendus coupables de détournements ou de dissimulation d'actifs, ou sont responsables de la mauvaise gestion à l'origine des difficultés financières de l'entreprise.

38. Il faut aussi tenir compte du facteur confiance des créanciers. Lorsque la loi autorise l'ouverture forcée, le débiteur peut se montrer hostile envers eux et il ne doit pas être autorisé à faire échouer la procédure. Dans un tel cas, le tribunal pourra nommer un représentant de l'insolvabilité qui assumera un rôle de supervision, voire écarter le débiteur ou rendre une ordonnance temporaire de suspension l'empêchant de prendre certaines mesures (comme disposer de biens ou s'endetter au-delà d'un certain montant) pendant une certaine période. En examinant ces options, il faudra peut-être mettre en balance les mesures visant à inciter le débiteur à agir de bonne foi aussi longtemps qu'il exerce le contrôle de l'entreprise et le potentiel d'abus par les créanciers. On pourra prévoir des garanties à cet effet, y compris en exigeant que la mesure soit appuyée par un certain pourcentage des créanciers. Il ne sera peut-être pas non plus approprié de laisser le débiteur en possession dans le cas où le plan doit être confirmé par le tribunal en étant imposé aux créanciers (voir par. 46 ci-après).

3. Plans simplifiés

39. Pour répondre aux besoins des MPME, des formulaires et modèles simples peuvent être fournis à l'appui de l'établissement d'un plan de redressement. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité est nommé par le tribunal, le plan devrait être établi par le débiteur avec l'aide de celui-ci¹².

40. Si le plan contient suffisamment d'informations pour que l'on puisse en évaluer la viabilité, la MPME débitrice ne devra pas nécessairement présenter de note d'information¹³, d'informations financières ou de documents vérifiés¹⁴. La loi peut aussi autoriser le débiteur d'une MPME à utiliser les actifs de l'entreprise et ses actifs personnels aux fins du redressement.

41. La question de savoir qui seront les parties affectées par le plan dépendra en grande partie de la taille et de la structure de la MPME. Les créanciers garantis qui détiennent une fraction importante de la dette ou sont en droit de satisfaire leurs créances sur des biens grevés essentiels au redressement de l'entreprise devraient être impliqués dans le plan, de même que les membres de la famille ou les proches amis qui auront donné des garanties personnelles ou utilisé leurs actifs personnels à titre de garantie des dettes de l'entreprise. L'obligation de modifier les droits des actionnaires, qui peut être limitée dans certains pays, est généralement réduite dans le cas des MPME, car celles-ci

¹² OHADA : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 29 et 30.

¹³ Argentine : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 18 ; États-Unis d'Amérique : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 27 ; Cf. Guide législatif, deuxième partie, chap. IV, recommandations 141 à 143 et par. 23 à 25.

¹⁴ OHADA : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 29 et 30.

n'auront pas nécessairement été constituées en société ou, si elles l'ont été, peuvent être gérées par un propriétaire unique ou en tant qu'entreprise familiale.

42. Toutefois, tous les créanciers ne veilleront pas de manière active à ce que leurs créances soient incluses dans le plan. Pour surmonter cette passivité, la loi peut prévoir que les créances incluses dans le plan du débiteur sont présumées exactes. Ainsi, un certain régime de réhabilitation de particuliers prévoit que le débiteur doit soumettre une liste de créances au tribunal lors de l'ouverture de la procédure. Celles qui n'y figurent pas ne font pas l'objet de la procédure. Il appartient donc aux créanciers de vérifier que leurs créances sont indiquées correctement et de formuler, le cas échéant, une objection dans un délai donné. En l'absence d'objection, les créanciers sont réputés avoir renoncé à leur droit de contestation, et les créances recensées par le débiteur sont confirmées de manière définitive. Ainsi, la renonciation présumée augmente le coût de la non-participation des créanciers. Autrement, lorsque la loi exige des créanciers qu'ils soumettent leurs créances, elle peut faciliter leur participation en les dispensant de fournir des preuves à l'appui de leurs créances, à moins que celles-ci ne soient expressément exigées par le débiteur, le représentant de l'insolvabilité (s'il en a été nommé un) ou le tribunal.

4. Approbation rapide

43. Le Guide examine le processus de vote, d'approbation, d'homologation, et de contestation d'un plan (recommandations 145 à 154 ; deuxième partie, chapitre IV, par. 26 à 65). Toutes les considérations liées à ces étapes ne seront pas applicables au redressement d'une MPME et le processus dans son ensemble pourra être simplifié et raccourci.

44. Il est possible d'assouplir les exigences liées à l'approbation du plan par les créanciers comme suit : en éliminant l'obligation de constituer un comité des créanciers¹⁵ ; en réduisant le quorum exigé pour les assemblées de créanciers ; en éliminant l'obligation de réunir une telle assemblée si des informations adéquates ont été fournies par le débiteur¹⁶ ; en acceptant le consentement écrit d'un créancier sans l'obliger à participer à une assemblée de créanciers ; en permettant aux créanciers d'approuver un plan par voie de résolution écrite ; en permettant qu'un accord informel remplace un processus de vote officiel ; ou en abaissant le seuil d'approbation du plan.

45. Néanmoins, en raison de l'apathie de certains créanciers de MPME, il peut être difficile d'obtenir leur approbation, ou alors, en cas de faible participation, un vote « majoritaire » risque de refléter la décision d'une majorité aléatoire de créanciers. Pour encourager leur participation, quelques systèmes se fondent sur la présomption d'approbation, qui interprète l'absence d'opposition de la part des créanciers comme une acceptation implicite du plan, plutôt que d'exclure ceux-ci du quorum¹⁷. En d'autres termes, le plan peut être approuvé par les votes réels ou présumés de l'ensemble des créanciers.

46. Lorsqu'un plan a été approuvé par la majorité requise de créanciers, la loi peut prévoir qu'il entre automatiquement en vigueur, ou exiger son homologation par le tribunal pour qu'il produise effet et lie toutes les parties concernées. Un moyen terme consiste à exiger l'homologation du tribunal dans des circonstances limitées, par exemple lorsque le plan affecte les intérêts de parties opposantes. S'il arrive rarement qu'un plan soit activement contesté dans le cas de MPME, la loi peut prévoir un mécanisme d'application forcée permettant au tribunal de lier les créanciers opposants, sous réserve de certaines garanties¹⁸ (voir par. 48 à 55 ci-après). La loi peut aussi permettre au tribunal de jouer un rôle plus actif en facilitant cette application forcée.

¹⁵ Argentine : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 18 ; États-Unis : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 27. Cf. Guide législatif, deuxième partie, chap. IV, recommandation 129.

¹⁶ États-Unis : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 27. Cf. Guide législatif, *ibid.*, recommandation 128.

¹⁷ Allemagne : [A/CN.9/WG.V/WP.147](#), par. 21.

¹⁸ Guide législatif, deuxième partie, chap. IV, par. 54 et 55.

Dans un régime de droit civil au moins, le tribunal peut approuver le plan en modifiant les conditions de manière à protéger les droits des créanciers opposants.

47. Il est possible de remplacer le vote des créanciers par l'approbation du plan par le tribunal¹⁹. Toutefois, conformément à la recommandation 137 du Guide, les créanciers concernés devraient avoir le droit d'être entendus s'ils souhaitent s'opposer au plan en question. Dans un certain régime de redressement destiné aux débiteurs individuels, les créanciers chirographaires ont la possibilité d'être entendus, mais ne sont pas tenus d'approuver un plan de paiement par vote, et le plan prend effet suite à l'approbation du tribunal. Étant donné que les MPME débitrices comme les MPME créancières risquent de mal connaître la procédure de redressement et de n'avoir qu'un accès limité, voire pas du tout, à un conseil, il peut être préférable de laisser la décision au tribunal.

5. Conditions d'approbation

48. La recommandation 152 du Guide prévoit certaines conditions qui doivent être satisfaites avant que le tribunal puisse approuver ou homologuer un plan. Celles-ci peuvent s'appliquer à chaque fois que le tribunal examine un plan, ou seulement dans des circonstances limitées, par exemple en cas d'application forcée aux créanciers opposants ou de contestation d'un plan approuvé²⁰.

49. Afin de décourager les réclamations futiles et de réduire au minimum les retards dans le redressement des MPME, certaines lois limitent la portée des objections qui peuvent être formulées pour des motifs procéduraux et le tribunal peut autoriser un plan qui ne satisfait pas strictement à ces motifs. Ainsi, le tribunal peut approuver ou homologuer un plan en dépit d'une objection selon laquelle le processus d'approbation ne s'est pas effectué dans les règles ou le plan contient une disposition contraire à la loi, en tenant compte de la gravité de l'irrégularité constatée dans le processus ou le plan, de l'état du débiteur de la MPME, ou d'autres circonstances.

50. D'autres conditions visent à protéger les intérêts des créanciers, comme celle prévoyant que ces derniers devraient recevoir au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable (critère de l'intérêt supérieur)²¹. Si ce critère peut être appliqué aux MPME, la loi pourrait autoriser le tribunal à déterminer les résultats d'un scénario alternatif de liquidation sans avoir recours à l'opinion d'un expert.

51. Autrement, un critère d'équité plus général pourrait être envisagé pour simplifier le processus de redressement et dispenser le tribunal d'évaluer et de comparer plusieurs scénarios. Dans ce cas, le tribunal détermine si les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés par le plan, en se demandant notamment si les créanciers minoritaires ont été équitablement représentés à l'assemblée, si les créanciers majoritaires ont agi de bonne foi, et si le plan serait approuvé par une personne concernée raisonnable et honnête. Parallèlement, le tribunal ne devrait pas avoir à examiner quant au fond les conditions commerciales dont les créanciers majoritaires seront convenus²². Un tel critère pourrait être adapté dans le cas des MPME, sous réserve qu'il puisse être appliqué de manière certaine.

52. Il faudra peut-être envisager d'appliquer la règle de priorité absolue dans le cadre du redressement de MPME²³.

53. Premièrement, une application stricte de cette règle risque d'entraver la mise en œuvre du plan. L'objectif étant de sauver le débiteur de la MPME, le plan peut prévoir d'échelonner les paiements aux créanciers sur plusieurs mois, voire plusieurs années,

¹⁹ Cf. *ibid.*, recommandations 127 et 145.

²⁰ *Ibid.*, recommandations 151 et 153.

²¹ *Ibid.*, recommandation 152 b).

²² *Ibid.*, par. 63.

²³ S'agissant de la priorité des créances fiscales, voir *ibid.*, chap. V, par. 69 et 74 ; voir aussi *infra* par. 72. Concernant le traitement spécial des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, voir *ibid.*, chap. V, par. 48 et 77 et chap. IV, recommandation 152 e) ; voir également les paragraphes 82 à 84 ci-dessous.

en utilisant tant les actifs existants que les revenus futurs. Si les créanciers de rang supérieur doivent être intégralement remboursés avant les créanciers de rang inférieur, les actifs du débiteur risquent d'être tous épuisés en même temps, avant qu'une tentative de sauvetage ne soit possible. Il pourra par conséquent être souhaitable de rembourser les créanciers de rang inférieur avant de rembourser intégralement les créanciers de rang supérieur, pour autant que le plan respecte la priorité relative des créanciers. Cette solution pourrait offrir une plus grande souplesse aux parties et au tribunal, en particulier lorsqu'une application forcée est nécessaire pour donner effet au plan.

54. Deuxièmement, la règle de priorité absolue rend les créanciers qui sont des MPME (MPME créancières) particulièrement vulnérables car, comme il est noté plus haut, celles-ci pourront avoir besoin de toucher des paiements pendant le redressement pour continuer à exercer leurs activités. La réussite du plan de redressement de la MPME débitrice risque d'être hypothéquée si elle dépend de la survie de ces créanciers en tant que partenaires commerciaux. La loi peut reconnaître la vulnérabilité des MPME créancières en les plaçant dans une catégorie distincte des autres créanciers chirographaires. Lorsque la loi autorise le tribunal à avoir recours à l'application forcée, cette catégorie de créanciers pourra en être exclue. Autrement, la loi peut aussi prévoir certaines exceptions à la règle de priorité absolue en accordant la priorité, dans des circonstances limitées, aux créances de ce type de créanciers, par exemple sur des biens fournis au débiteur dans un certain délai avant l'ouverture de la procédure de redressement. Elle peut aussi donner au tribunal le pouvoir d'ordonner, selon le cas, un remboursement préférentiel aux MPME créancières, notamment lorsque c'est nécessaire pour permettre à celles-ci de continuer à exercer leurs activités. Une autre solution consiste à exclure du plan ce type de créances.

55. Troisièmement, la règle de priorité absolue risque de dissuader les propriétaires/gestionnaires de MPME constituées en société de demander un redressement, car ils risquent de perdre la propriété de l'entreprise au profit de créanciers de rang supérieur. Conformément à l'approche consistant à laisser le débiteur en possession, les propriétaires de MPME devraient généralement être autorisés à continuer de gérer l'entreprise sans devoir renoncer à leur participation au capital au titre du plan. Parallèlement, la loi peut prévoir que le plan ne devrait pas autoriser les paiements aux propriétaires de MPME aussi longtemps que des paiements restent dus aux créanciers, respectant ainsi la priorité des créanciers sur les actionnaires. Le tribunal devrait évaluer les fonds requis pour assurer la survie de la MPME et les revenus disponibles aux fins des paiements. Toutefois, une approche entièrement discrétionnaire en la matière risque d'entraîner une incohérence des résultats obtenus dans la pratique. On pourrait aussi envisager d'appliquer un critère clairement défini. Par exemple, pour protéger les créanciers en l'absence d'une règle de priorité absolue, la loi peut prévoir que le plan sera uniquement approuvé ou homologué s'il leur assure un niveau de paiement minimum pendant une certaine période. Autrement, la loi pourrait définir une norme minimum de revenu protégé pour les MPME.

6. Procédures accélérées

56. Comme il est évoqué dans le Guide (recommandations 160 à 168 et deuxième partie, chapitre IV, par. 76 à 94), les procédures de redressement accélérées peuvent être utilisées pour donner effet plus rapidement et à un moindre coût à un plan qui a été négocié de manière informelle.

57. Les exigences documentaires requises pour l'ouverture diffèrent de celles applicables à une procédure de redressement ordinaire. En plus de soumettre le plan négocié, la MPME débitrice devrait prouver que celui-ci a reçu l'appui requis en apportant le consentement écrit des créanciers concernés ou, en cas de tenue d'une assemblée des créanciers, en fournissant un relevé des voix des créanciers²⁴. En ce qui concerne les exigences en matière d'information (voir par. 40 ci-avant), l'approche

²⁴ Ibid., deuxième partie, chap. IV, recommandation 162 d).

adoptée dans les procédures simplifiées devrait aussi s'appliquer aux procédures accélérées²⁵.

58. La loi peut aussi limiter la supervision par le tribunal et supprimer certaines exigences liées à l'approbation du plan. Ainsi, les créances qui y sont incluses pourront être admises sans examen des preuves soumises à leur appui²⁶ ; le plan pourra être immédiatement renvoyé à une assemblée de créanciers ou à une audience (selon le cas)²⁷ ; ou le tribunal pourra directement homologuer le plan de manière définitive. Une fois le plan homologué par le tribunal, les créanciers concernés seront liés de la même manière que dans le cadre d'une procédure de redressement ordinaire.

7. Appels

59. La possibilité de faire appel d'une décision prise par le tribunal (par exemple, au sujet de la confirmation ou de l'homologation d'un plan) sera influencée par des facteurs tels que la certitude, les délais et les coûts. Certains pays ne prévoient pas de droit d'appel, tandis que d'autres le prévoient, mais celui-ci n'a pas pour effet de suspendre la mise en œuvre du plan. Or ce point est crucial pour les MPME, puisque la réussite du plan dépendra souvent en grande partie de la rapidité de sa mise en œuvre. Tout risque que cette dernière entraîne des pertes irrécouvrables pourra être limité par la fourniture de garanties ou d'autres mesures provisoires.

60. Toutefois, si l'appel aboutit après la mise en œuvre du plan, le fait d'annuler ce dernier risque de causer plus de tort que de bien aux parties concernées. Autrement, le tribunal peut être autorisé à ordonner au débiteur de verser une compensation monétaire aux créanciers opposants ou à ceux qui ont voté en faveur du plan.

8. Conversion en liquidation

61. La recommandation 158 du Guide prévoit que la loi devrait permettre au tribunal de convertir la procédure de redressement en liquidation dans cinq cas de figure.

62. Lorsque la procédure de redressement ordinaire échoue en raison des motifs visés aux alinéas a) à d), il pourra être approprié de prévoir que la loi autorise la conversion automatique en procédure de liquidation, ce qui permettra d'économiser le temps et les dépenses nécessaires à l'introduction d'une demande distincte par le débiteur ou par les créanciers de la MPME. Toutefois, comme il est noté dans le Guide (recommandation 168 et deuxième partie, chapitre IV, par. 91), la conversion ne sera pas nécessairement appropriée lorsqu'une MPME a demandé l'ouverture d'une procédure de redressement accélérée pour remédier rapidement à ses difficultés financières, mais ne réunit pas les conditions pour une procédure de liquidation.

63. On pourra aussi envisager la possibilité d'autoriser un créancier à demander la conversion à titre préventif, au motif que le plan du débiteur est voué à l'échec.

64. D'autres circonstances pourraient avoir une incidence sur la capacité de mise en œuvre du plan par le débiteur. Un État prévoit que si un débiteur individuel a payé au moins 75 % de ses dettes en application du plan et qu'il éprouve des difficultés à continuer les remboursements pour des raisons indépendantes de sa volonté, le tribunal peut lui accorder une « libération pour situation difficile ».

C. Décharge

65. La décharge est un autre élément clef de l'insolvabilité des MPME. Comme il est noté dans le Guide (deuxième partie, chapitre VI, par. 1), plusieurs États ont reconnu qu'il fallait s'attacher avant tout à aider les débiteurs insolubles à prendre un nouveau

²⁵ Cf. *ibid.*, recommandation 162 a) et e).

²⁶ Cf. *ibid.*, recommandation 165 b) et c).

²⁷ *Ibid.*, recommandation 164 d).

départ une fois qu'ils avaient réglé leurs difficultés financières et à réduire le discrédit associé à leur échec.

66. Les recommandations 194 à 196 du Guide traitent de la décharge d'une personne physique. Elles s'appliquent de manière générale aux MPME gérées par des personnes physiques, qu'il s'agisse d'entreprises individuelles ou d'un groupe de personnes, comme une société de personnes, une association ou autre entité non constituée en société, ce qui fait qu'elles sont personnellement responsables des créances impayées. Par contre, dans le cas de MPME gérées par une société ou autre entité juridique à responsabilité limitée, les propriétaires et gestionnaires de l'entité liquidée ne seront pas personnellement tenus responsables des créances impayées²⁸. Néanmoins, il arrive souvent que ces personnes aient contracté des dettes personnelles pour exercer leurs activités commerciales, en prenant un emprunt personnel pour lancer et exploiter l'entreprise, ou qu'elles aient garanti des emprunts de l'entreprise au moyen de leurs actifs personnels. Dans ces cas, la question de la décharge se posera en raison du mélange des actifs privés et des actifs de l'entreprise.

1. Décharge rapide

67. L'approche la plus favorable au débiteur consiste à autoriser une décharge intégrale de la dette immédiatement après la répartition du produit de la liquidation. Cette solution, qui est proposée dans certains systèmes juridiques, accorde une libération totale au débiteur, sans exiger de plan de paiement. Ainsi, la loi peut prévoir une décharge immédiate suivant une brève évaluation, voire la liquidation, des actifs du débiteur ou si le tribunal décide qu'en raison des circonstances de celui-ci, on ne peut raisonnablement attendre aucune répartition en faveur des créanciers.

68. De nombreux régimes d'insolvabilité, conscients de la nécessité de préserver les intérêts tant du débiteur que des créanciers, prévoient un délai avant qu'un débiteur honnête et coopératif puisse obtenir une décharge intégrale. Cette approche peut être combinée avec un plan de redressement, prévoyant que la décharge dépend du remboursement partiel ou, du moins, d'efforts faits de bonne foi pour procéder au remboursement. Le début de la période de décharge peut différer. Celui-ci pourra être lié au début de la procédure de liquidation, à la conversion en procédure de liquidation (voir par. 61 à 64 ci-avant) ou, s'il existe un plan de redressement, à l'approbation de ce dernier par le tribunal, ou à la date à laquelle il commence ou s'achève. La durée de la période de décharge varie d'un pays à l'autre, mais la tendance actuelle consiste à la diminuer pour encourager les activités des entreprises et réduire le discrédit.

69. Lorsque la décharge est subordonnée au remboursement partiel, la loi peut garantir que l'obligation de remboursement ne sera pas trop lourde en prévoyant, par exemple, qu'elle sera basée sur la situation du débiteur et proportionnelle au revenu disponible pendant la période de décharge. Une autre approche consiste à prévoir un barème qui adapte la durée de cette période au taux de remboursement des créanciers. Ainsi, plus le montant que le débiteur est en mesure de payer sera élevé, plus rapidement il obtiendra une décharge. La loi peut aussi prévoir des circonstances exceptionnelles dans lesquelles un débiteur peut demander une décharge au tribunal (voir par. 64 ci-avant).

70. En termes de procédure, la décharge peut être soit automatique, soit sur demande auprès du tribunal. La première solution est plus rapide, puisqu'elle élimine l'intervention judiciaire. La seconde peut être requise si la décharge automatique est contraire à l'ordre juridique ou si l'on privilégie une certaine supervision judiciaire. Une fois la décharge prononcée, les créances qui n'ont pas été remboursées sont rendues inexigibles.

71. Les avantages d'une décharge rapide sont plus marqués dans le contexte de l'insolvabilité des MPME, en particulier lorsque le débiteur appartient plutôt à la catégorie des microentreprises. En raison des ressources limitées des MPME, les créanciers ne s'attendent souvent pas à recevoir de gros remboursements et peuvent

²⁸ Ibid., chap. VI, par. 3.

avoir fait une croix sur leurs créances bien avant l'expiration de la période de décharge. De plus, une période de décharge plus brève encouragera le débiteur à demander rapidement l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et à s'acquitter dans la mesure du possible de ses obligations envers les créanciers afin d'obtenir une décharge précoce.

2. Portée de la décharge

72. L'efficacité d'un régime de décharge pour ce qui est de permettre la réhabilitation du débiteur dépend de l'étendue des dettes couvertes par la décharge. Certains types de dettes, comme celles découlant d'une obligation d'indemnisation, d'une obligation alimentaire, d'actes frauduleux, d'une sanction pénale, et d'obligations fiscales, ont tendance à être exclus²⁹. Toutefois, certains pays ont éliminé le traitement spécial pour les créances liées aux impôts et à d'autres recettes publiques, qui constituent souvent les dettes les plus importantes des petits entrepreneurs. C'est conforme à la recommandation 195 du Guide, qui prévoit que les dettes exclues de la décharge doivent être limitées au minimum pour aider le débiteur à prendre un nouveau départ.

73. Compte tenu de la probabilité que les actifs personnels et les actifs de l'entreprise soient mélangés, il peut être compliqué pour une MPME débitrice de demander l'ouverture de procédures séparées pour être libérée de toutes ses dettes, surtout si elles ont des critères et des périodes de décharge différents. Comme il est noté plus haut (voir par. 13), il est souhaitable de pouvoir régler les deux types de dettes au moyen d'un seul régime de décharge ou, du moins, de pouvoir regrouper des procédures séparées. Il pourrait aussi être possible de considérer une réduction de la garantie personnelle du débiteur comme une décharge de facto, sans nécessairement déclarer la faillite du débiteur, de manière à aider celui-ci à prendre un nouveau départ.

3. Conditions de la décharge

74. Pour prévoir des garanties contre les abus, la loi sur l'insolvabilité peut réglementer la possibilité d'avoir recours à une décharge ou la durée de la période de décharge dans des circonstances précises, même si ces conditions devraient être limitées au minimum, comme il est indiqué dans le Guide (recommandation 196). De plus, la présomption d'honnêteté est un élément clef de l'approche spécifique aux MPME. Ainsi, le débiteur se verra accorder le bénéfice d'une décharge, à moins qu'il ne soit établi qu'il a agi de manière frauduleuse ou de mauvaise foi. L'expérience de certains pays qui ont établi un régime de décharge favorable aux débiteurs montre que celui-ci n'entraîne pas de hausse du nombre de créances impayées, ni d'usage abusif généralisé des options de décharge par les débiteurs.

75. La libération de dette peut être accompagnée de mesures d'interdiction, qui empêchent le débiteur de lancer ou d'exploiter une entreprise, d'exercer une profession, ou d'agir en tant qu'administrateur ou gestionnaire d'une entreprise. La période d'interdiction peut être longue, voire illimitée dans le temps, ou être liée à la période de décharge. L'interdiction peut être automatique ou être prononcée par un tribunal, et peut être assortie d'exceptions, ceci afin d'éviter les abus. La période d'interdiction peut être prolongée dans des circonstances exceptionnelles si la conduite du débiteur justifie une telle sanction, par exemple si celui-ci se rend coupable d'actes délictueux ou si une interdiction est ordonnée par le tribunal à son encontre dans le cadre d'une procédure pénale³⁰. Pour les entrepreneurs individuels et ceux qui gèrent leur propre entreprise ou deviennent insolubles après avoir donné des garanties personnelles, une interdiction généralisée ne sera pas nécessairement appropriée, car une telle mesure empêcherait ces personnes de s'impliquer dans des activités futures, ce qui est contraire au concept du nouveau départ.

76. Les limites à l'obtention de nouveaux crédits peuvent elles aussi avoir de graves conséquences sur la capacité du débiteur à prendre un nouveau départ, surtout si celles-ci se prolongent au-delà de la décharge du débiteur. Dans de nombreux pays, les

²⁹ Ibid., chap. VI, par. 7.

³⁰ Ibid., par. 9.

emprunteurs doivent indiquer s'ils font ou ont fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ce qui risque de baisser leur cote de solvabilité ou d'être consigné dans leur historique de crédit et, partant d'entraîner leur discrimination. Pour réduire ce risque, il faudrait imposer de telles limites avec circonspection et pour une durée limitée. Par ailleurs, on peut leur associer des mesures qui sortent du cadre officiel de l'insolvabilité : on peut prévoir la restructuration extrajudiciaire avec des établissements financiers, de manière à offrir aux débiteurs les bénéfices d'une décharge sans affecter leur cote de solvabilité, ou recourir aux lois de protection des données pour réglementer la collecte et la conservation des informations personnelles par les fournisseurs ou bureaux de crédit.

D. Personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et tiers garants

77. Les tiers qui ont des liens privilégiés avec la personne physique qui gère une MPME, comme les membres de la famille ou des amis proches, peuvent se trouver mêlés à l'insolvabilité de l'entreprise s'ils ont contracté un emprunt personnel, donné une garantie personnelle ou grevé leurs biens à titre de garantie d'un emprunt de l'entreprise³¹. Étant donné que ces types de personnes sont plus souvent impliquées dans des MPME que dans des entreprises plus grandes, il est nécessaire d'examiner de près la position que leur confère la loi sur l'insolvabilité.

78. De plus, il faut, dans le traitement des tiers garants, tenir compte de considérations contradictoires dans le cas des MPME. D'un côté, le fait d'exiger une sûreté personnelle ou une sûreté réelle vise justement à se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur principal en garantissant que le créancier sera remboursé. En diminuant la responsabilité du garant dans la procédure d'insolvabilité, on réduira la protection du créancier. Cela risque, à terme, de limiter l'accès au crédit des MPME, dont bon nombre ne seront peut-être pas en mesure de se financer d'une autre manière. De l'autre, lorsque l'insolvabilité d'une MPME implique des membres de la famille ou des actifs du ménage, si l'on ne limite aucunement la réalisation des garanties, on risque de laisser une famille entière sur la paille.

79. Le Guide traite à plusieurs endroits des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Il recommande que la loi précise les catégories de personnes ayant une relation suffisante avec le débiteur pour être considérées comme telles³² ; que tout acte de disposition qu'il est proposé d'effectuer en faveur de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur soit attentivement examiné avant d'être autorisé³³ ; que la période suspecte soit plus longue pour les opérations annulables impliquant des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur que pour les opérations effectuées avec des personnes n'ayant pas de liens privilégiés avec lui³⁴ ; que les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur ne puissent pas être nommées à un comité des créanciers³⁵ ; que les créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur soient examinées de près et que, lorsque cela est justifié : a) les droits de vote de ces personnes puissent être restreints ; b) le montant des créances de ces personnes puisse être réduit ; ou c) les créances puissent être déclassées³⁶ ; et que les personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur dont les créances ont été rejetées ou soumises à ce traitement soient autorisées à demander au tribunal d'examiner leurs créances³⁷. Le Guide ne traite pas de la question des tiers garants, sauf à noter que la décharge d'un

³¹ Ibid., Introduction, voir par. 12 kk) pour la définition du terme « personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur ». S'agissant des niveaux de relation avec le débiteur, voir deuxième partie, chap. II, par. 183.

³² Ibid., chap. II, recommandation 91.

³³ Ibid., recommandation 61.

³⁴ Ibid., recommandation 90.

³⁵ Ibid., chap. III, recommandation 131.

³⁶ Ibid., chap. V, recommandation 184.

³⁷ Ibid., recommandation 181.

débiteur personne physique est généralement sans incidence sur les engagements du garant³⁸.

80. Il faut se poser la question de savoir si la loi devrait autoriser un tribunal à élargir la portée d'un arrêt des poursuites (Guide, deuxième partie, chapitre II, recommandation 46 ; par. 30 à 34) pour protéger le garant du débiteur d'une MPME. Le fait de suspendre les poursuites à l'encontre du garant, qui joue souvent un rôle crucial dans le financement des MPME, peut contribuer au redressement d'une MPME débitrice. Une telle mesure peut augmenter le temps de « répit » pour permettre la prise d'une décision rationnelle concernant l'ensemble des obligations et des affaires de l'entreprise débitrice.

81. Toutefois, le fait d'élargir ainsi la portée de l'arrêt aux garants revient à s'écarter de l'approche habituellement suivie dans les affaires d'insolvabilité d'entreprises et devrait être limité aux circonstances appropriées. Ainsi, le tribunal peut accorder un tel arrêt au cas par cas, lorsqu'il estime que c'est nécessaire pour protéger le garant d'une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur qui a fourni une garantie personnelle sans aucune contrepartie. De plus, l'arrêt des poursuites à l'encontre du garant peut être limité dans le temps, les créanciers étant ensuite libres de faire valoir leurs droits. Dans tous les cas, et afin de protéger les droits des créanciers, le tribunal peut autoriser les poursuites à l'encontre de garants qui agissent de mauvaise foi ou commettent des actes déloyaux, comme la dissimulation d'actifs.

82. En ce qui concerne le traitement de créances déclarées par des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, le Guide reconnaît (deuxième partie, chapitre V, par. 48) que le simple fait d'entretenir une relation spéciale avec le débiteur ne suffira peut-être pas toujours à justifier un traitement spécial. Dans certains cas, ces créances seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de relation privilégiée avec le débiteur. Dans d'autres cas, cette relation privilégiée pourra faire naître des doutes quant à l'impartialité du créancier ayant des liens privilégiés avec le débiteur lors d'un vote sur un plan de redressement, ou à un éventuel traitement de faveur de ce créancier par rapport aux autres créanciers avant le début de l'insolvabilité. Dans un certain système, la créance d'une personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur qui a reçu un prêt en espèces du débiteur de la MPME ou est devenue garante du débiteur de la MPME peut être subordonnée à d'autres créances dans le plan.

83. Toutefois, en raison de considérations relatives à la proportionnalité et aux éventuelles difficultés que peut rencontrer le garant du débiteur d'une MPME, il peut être justifié d'autoriser le tribunal à privilégier la créance du garant au moment d'approuver ou d'homologuer un plan de redressement, ou d'autoriser le garant à demander une prolongation de la période de remboursement pour alléger l'obligation de garantie. Ces mesures peuvent être appropriées lorsque le garant a consenti de lourds sacrifices pour rembourser la dette et que les autres créanciers sont des institutions. Des considérations similaires peuvent appuyer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur de la libération du garant.

84. La nécessité d'accorder une décharge aux personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur qui sont menacées d'insolvabilité parce qu'elles ont fourni des garanties personnelles pour une MPME, surtout dans le cas où elles n'ont pas bénéficié d'une réduction ou d'une libération de leurs obligations dans le cadre du plan de redressement, peut être prise en considération dans le régime de décharge. Si le garant peut demander séparément une décharge, il pourrait être plus efficace sur le plan des coûts et mieux adapté à l'objectif d'aider le débiteur de la MPME à prendre un nouveau départ de l'autoriser à demander une décharge dans la procédure visant le débiteur de la MPME, en particulier si cela permet de réduire les conséquences potentiellement indésirables liées à la réalisation de la garantie. Un certain système juridique autorise les personnes physiques et celles qui se portent caution à titre gratuit à demander d'être déchargées de

³⁸ Ibid., chap. VI, par. 13.

l'obligation impliquée dans l'insolvabilité du débiteur principal si celle-ci est disproportionnée par rapport à leurs revenus et à leur patrimoine.

III. Questions relatives aux MPME qui ne sont pas traitées dans le Guide

85. Comme il est noté plus haut (par. 4), le mandat du Groupe de travail porte, outre sur l'applicabilité du Guide aux MPME, sur la mise au point de mécanismes nouveaux et simplifiés pour les MPME, en fonction des besoins. Au paragraphe 33, le document [A/CN.9/WG.V/WP.121](#) recense plusieurs questions qui ne sont pas traitées dans le Guide, comme l'insolvabilité personnelle, le traitement des dettes de groupe, le recours à des processus d'insolvabilité informels et les mécanismes d'ajustement de la dette. Le Groupe de travail voudra peut-être identifier des questions supplémentaires relatives à l'insolvabilité des MPME qui devraient être traitées dans tout produit susceptible d'être élaboré.
