



Assemblée générale

Distr.: Limitée
4 septembre 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

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

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

Table des matières

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

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Deuxième partie		
II. Demande d'ouverture et ouverture.....		2
A. Admissibilité et compétence.....	1-13	2
1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une législation sur l'insolvabilité	1-6	2
2. Compétence.....	7-13	4
Recommandations	(11)-(16)	6



Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58. Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 et auxquelles des ajouts – indiqués par un soulignement dans le présent document – ont été apportés.

Deuxième partie (suite)

II. Demande d'ouverture et ouverture

A. Admissibilité et compétence

1. Admissibilité: débiteurs auxquels doit s'appliquer une législation sur l'insolvabilité

1. Avant d'élaborer une législation générale sur l'insolvabilité des commerçants, il importe de déterminer et de définir clairement ceux auxquels elle s'appliquera, en sachant que ceux qui en seront exclus ne bénéficieront pas des protections qu'elle offre mais ne seront pas non plus soumis à la discipline qu'elle impose. D'où l'intérêt de concevoir une législation prévoyant peu d'exceptions. Deux questions se posent pour l'élaboration des dispositions qui énonceront les catégories de débiteurs pouvant faire l'objet d'une procédure de liquidation ou de redressement ainsi que les débiteurs devant être exclus du champ d'application de la législation. Il faut d'une part déterminer si cette législation devra établir une distinction entre les personnes physiques et les entités prenant la forme d'entreprises ou de sociétés avec responsabilité limitée des associés, car pour chacune de ces catégories l'insolvabilité est associée non seulement à des considérations de politique générale mais aussi à des comportements sociaux et autres différents. Il faut d'autre part déterminer quelles catégories de débiteurs (qu'il s'agisse d'entités ou de personnes physiques) devront éventuellement être exclues.

2. Les pays adoptent différentes approches quant au champ d'application de leur législation sur l'insolvabilité. Certains choisissent d'appliquer la même législation à l'ensemble des débiteurs, à certaines exceptions près, telles que celles examinées ci-dessous. D'autres distinguent entre personnes physiques et personnes morales et prévoient une législation différente pour chaque catégorie. D'autres encore font une distinction entre entités et personnes physiques selon qu'elles ont une activité de commerce ou de consommation. Parmi ces derniers, certains ont une législation sur l'insolvabilité des "commerçants", définis comme des personnes exerçant une activité commerciale à titre professionnel ou des sociétés constituées conformément à la législation commerciale et d'autres entités exerçant régulièrement une activité commerciale. Enfin, des pays prévoient aussi dans leur législation des procédures différentes selon le montant des dettes et plusieurs ont élaboré des régimes d'insolvabilité spéciaux pour différents secteurs économiques, en particulier l'agriculture.

a) Personnes physiques exerçant une activité commerciale

3. [1] Les politiques concernant l'endettement et l'insolvabilité des particuliers dénotent souvent des comportements culturels qui ne jouent pas autant lorsqu'il

s'agit de commerçants. On peut citer, par exemple, la façon dont l'endettement personnel est perçu; la possibilité de bénéficier d'une aide en cas de surendettement; les effets sur le statut social des particuliers faillis; la nécessité de conseiller et d'éduquer les particuliers endettés; et le fait de leur accorder l'effacement des dettes pour permettre un nouveau départ. En revanche, les politiques applicables à l'insolvabilité des commerçants se limitent généralement à des considérations économiques et commerciales, telles que l'importance du rôle joué par l'entreprise dans l'économie; le besoin de préserver et d'encourager l'activité commerciale et entrepreneuriale; et la nécessité de favoriser l'offre de crédits et de protéger ceux qui les octroient.

4. [2] La principale question à régler a donc trait à l'inclusion des personnes physiques exerçant une activité commerciale (y compris, par exemple, les sociétés en participation et les entreprises individuelles) dans le champ d'application d'une législation sur l'insolvabilité commerciale. Les intérêts des commerçants diffèrent de ceux des consommateurs, du moins en ce qui concerne certains aspects de leur endettement. Cependant, il est souvent difficile de distinguer entre endettement privé et endettement commercial d'une personne physique pour déterminer le régime à appliquer à celle-ci en cas d'insolvabilité. On peut se fonder sur différents critères pour faciliter la distinction, par exemple sur la nature de l'activité exercée, le montant des dettes et le lien entre ces derniers et l'activité commerciale. Certains éléments dénotent une activité commerciale, comme par exemple l'immatriculation en tant que commerçant ou autre forme d'entité commerciale; "l'incorporation" conformément à la législation commerciale; la nature des activités habituelles; les informations concernant le chiffre d'affaires ainsi que l'actif et le passif et [...]. De nombreux pays appliquent leur législation sur l'insolvabilité commerciale aux personnes physiques exerçant une activité commerciale. L'expérience d'autres pays montre que, si les activités commerciales des personnes physiques font partie intégrante de l'activité commerciale générale, il est souvent préférable de les soumettre au régime de l'insolvabilité personnelle car, en définitive, le dirigeant d'une entreprise individuelle exercera son activité sans aucune limitation de responsabilité et demeurera personnellement et indéfiniment tenu des dettes de son entreprise. Dans ces cas se posent également de délicates questions concernant l'extinction des dettes (effacement de tout ou partie de certaines dettes après la clôture de la procédure), notamment celle du délai d'attente exigé pour la libération du débiteur et celle des obligations pouvant ou non être éteintes. Les dettes inextinguibles sont généralement liées à des problèmes personnels, tels que des règlements dans des procédures de divorce ou des obligations d'entretien vis-à-vis d'enfants. En outre, le fait de soumettre les personnes physiques au régime d'insolvabilité commerciale risque, dans certains pays, d'en gêner l'application en raison de la façon dont la société perçoit leur insolvabilité, qu'elle ait ou non un rapport avec une activité commerciale. Il est donc souhaitable de tenir compte de ces différents points pour l'élaboration d'une législation traitant de l'insolvabilité commerciale. En conséquence, le présent Guide se concentre sur la conduite d'activités commerciales, quel que soit le cadre choisi à cette fin, et indique les cas dans lesquels des dispositions supplémentaires ou différentes seront nécessaires si la législation sur l'insolvabilité doit s'appliquer aux personnes physiques.

b) Entreprises publiques

5. [3] Une législation générale sur l'insolvabilité peut s'appliquer à toutes les catégories d'entités, de droit privé et de droit public, exerçant une activité commerciale, en particulier aux entreprises publiques qui opèrent sur le marché en tant qu'entités commerciales distinctes et sont soumises par ailleurs aux mêmes règles commerciales et économiques que les entités de droit privé. Le fait qu'une entreprise appartienne à l'État ne saurait en soi être un motif suffisant pour justifier son exclusion du champ d'application de la législation sur l'insolvabilité, bien qu'un certain nombre de pays adoptent effectivement cette approche. Lorsque l'État joue différents rôles à l'égard de l'entreprise, non seulement en tant que propriétaire mais également en tant que prêteur et principal créancier, les incitations normales ne joueront pas, les solutions de compromis seront sans doute difficiles à trouver et la probabilité d'un conflit d'intérêts est très forte. L'application du régime d'insolvabilité à ces entreprises a donc l'avantage de les soumettre à la discipline de ce régime, de montrer clairement que le soutien financier de l'État ne sera pas illimité et de contribuer à réduire les conflits d'intérêts au minimum. Des exceptions à la règle générale sont parfois nécessaires lorsque l'État a adopté une politique visant à garantir explicitement les engagements de ces entreprises et lorsque le traitement des entreprises publiques s'inscrit dans le cadre d'un changement de politique macroéconomique, par exemple l'instauration d'un vaste programme de privatisation. Dans ces cas, une législation indépendante régissant les questions pertinentes, y compris l'insolvabilité, peut se justifier. Le Guide n'aborde pas les questions se rapportant spécifiquement à ce type de législation.

c) Entités exigeant un traitement particulier

6. [4] Bien qu'il puisse être souhaitable d'étendre la protection et la discipline d'une législation sur l'insolvabilité au plus grand nombre possible d'entités, un traitement distinct peut être accordé à certaines d'entre elles ayant un caractère spécialisé, comme les banques et les compagnies d'assurance, les entreprises de services publics et les sociétés de courtage en valeurs mobilières ou en produits de base. Ces catégories d'entités font très fréquemment l'objet, dans les lois sur l'insolvabilité, d'exceptions qui se justifient généralement par la réglementation détaillée à laquelle elles sont souvent soumises en temps normal et qui contient en principe des dispositions concernant leur insolvabilité. Le Guide n'examine pas expressément les considérations particulières associées à l'insolvabilité de ces entités ni à celle des consommateurs.

2. Compétence

7. [5] Le débiteur doit non seulement avoir les attributs d'un commerçant mais aussi un lien suffisant avec l'État pour être soumis à sa législation sur l'insolvabilité. La plupart du temps le problème de l'applicabilité de sa législation ne se posera pas car le débiteur sera un national ou un résident de l'État et y exercera son activité commerciale par le biais d'une entité immatriculée ou incorporée sur son territoire. Mais lorsque le lien entre le débiteur et l'État doit être établi, les législations sur l'insolvabilité prévoient différents critères, dont la présence, sur le territoire, du centre des intérêts principaux d'un établissement ou de biens du débiteur.

a) Centre des intérêts principaux

8. [6] Bien que certaines législations sur l'insolvabilité appliquent des critères tels que l'établissement principal, la CNUDCI a adopté, dans sa Loi type sur l'insolvabilité internationale (ci-après la "Loi type de la CNUDCI"), celui de "centre des intérêts principaux" du débiteur pour déterminer où doit avoir lieu la "procédure principale" pour ce débiteur. Même si la Loi type traite de l'insolvabilité internationale, ce critère vaut également pour l'insolvabilité nationale. Le terme est aussi employé dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international et dans le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (ci-après le "règlement de la CE"). La Loi type de la CNUDCI ne le définit pas; le Règlement de la CE (13^e considérant) indique qu'il devrait correspondre au "lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Un critère approprié serait celui qui est retenu au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI et à l'article 3 du règlement de la CE, à savoir que, sauf si la preuve contraire peut être apportée, le siège statutaire ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux. Un débiteur ayant le centre de ses intérêts principaux dans un État devrait être soumis à la législation sur l'insolvabilité de ce dernier.

9. [7] Nonobstant l'adoption du critère du "centre des intérêts principaux", il peut arriver qu'un débiteur ayant des biens dans plus d'un État satisfasse aux conditions requises pour être soumis à la législation sur l'insolvabilité de plusieurs États, en raison des différents critères d'admissibilité ou des différentes interprétations du même critère, d'où la possibilité de procédures d'insolvabilité dans chacun de ces États. Il serait alors indiqué d'avoir une législation fondée sur la Loi type de la CNUDCI pour régler les questions de coordination et de coopération (voir deuxième partie, chap. VIII)¹.

b) Établissement

10. [8] Certaines lois disposent qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. Le terme "établissement" est défini à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI comme désignant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services". L'article 2 du règlement de la CE contient une définition similaire, qui ne fait toutefois pas référence aux "services". En substance donc, un établissement est un lieu où s'exerce une activité sans être nécessairement le centre des intérêts principaux. Cette définition, tout comme celle du "centre des intérêts principaux", est importante pour la structure générale de la Loi type de la CNUDCI et pour le traitement des cas d'insolvabilité internationale car elle sert de critère pour la reconnaissance des procédures étrangères et l'application des mesures disponibles. Elle est donc utile pour un régime d'insolvabilité nationale et pour l'ouverture d'une procédure visant les biens d'un établissement du débiteur situé dans un État particulier. Dans de nombreux pays, les

¹ Il a été proposé que la Loi type et son Guide pour l'incorporation dans le droit interne (reçu compte tenu de l'évolution de la pratique en matière d'insolvabilité internationale depuis l'adoption de la Loi) soient insérés dans le présent Guide sous forme de chapitre supplémentaire.

dirigeants d'un établissement insolvable seront personnellement responsables envers les créanciers à moins qu'ils n'engagent une procédure d'insolvabilité. L'établissement est donc un critère nécessaire pour permettre l'ouverture d'une procédure conformément à la législation de l'État sur l'insolvabilité.

11. [8] Le règlement de la CE dispose également qu'une procédure d'insolvabilité secondaire peut être ouverte dans un État où le débiteur a un établissement. En règle générale, cette procédure se limitera à la liquidation des biens du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État. Selon la nature de l'activité du débiteur et les biens concernés, l'établissement pourrait dans un nombre limité de cas servir de critère pour l'ouverture d'une procédure de redressement.

c) Présence de biens

12. [9] Certaines lois prévoient qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte par ou contre un débiteur qui a ou avait des biens sur le territoire de l'État sans exiger que ce débiteur y ait un établissement ou le centre de ses intérêts principaux. La Loi type de la CNUDCI ne prévoit pas la reconnaissance des procédures étrangères ouvertes dans ce cas. Elle prévoit en revanche que, lorsqu'une procédure ouverte dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux a été reconnue un autre État où le débiteur a des biens, une procédure locale peut être engagée dans ce dernier pour les biens en question².

13. [9] On peut sans doute faire une distinction entre une procédure de liquidation et une procédure de redressement ouverte dans un État où le débiteur a des biens; si la présence de biens peut être un motif approprié pour ouvrir une procédure de liquidation de certains biens situés dans un État, elle n'est peut-être pas suffisante pour justifier l'ouverture d'une procédure de redressement, en particulier lorsque la procédure entamée dans le centre des intérêts principaux du débiteur vise la liquidation. Même si un pays prévoit effectivement que la présence de biens est un motif suffisant pour ouvrir une procédure de redressement (applicable aux biens du débiteur où qu'ils se trouvent), une coordination sera nécessaire entre ce pays et d'autres États où le débiteur aura le centre de ses intérêts principaux et, éventuellement, des établissements. En tant que critère, la présence de biens risque en conséquence de poser des problèmes de conflit de juridictions, à savoir l'ouverture de procédures multiples, et des questions de coordination entre ces procédures et de coopération entre les États qui pourraient faire entrer en jeu la Loi type de la CNUDCI (voir deuxième partie, chap. VIII).

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet des dispositions concernant l'admissibilité et la compétence est de déterminer:

a) les catégories de débiteurs qui pourront être soumis à la législation [générale] sur l'insolvabilité;

² Loi type de la CNUDCI, art. 28.

- b) les catégories de débiteurs qui pourront être exclus de la législation [générale] sur l'insolvabilité;
- c) les débiteurs qui ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à sa législation sur l'insolvabilité; et
- d) les tribunaux compétents pour connaître des questions d'insolvabilité.

Contenu des dispositions législatives

Admissibilité

- 11) La législation sur l'insolvabilité devrait régir les procédures d'insolvabilité de tous les débiteurs, y compris les personnes physiques et les entreprises publiques, exerçant une activité commerciale.
- 12) Les exclusions du champ d'application de la législation [générale] sur l'insolvabilité devraient être limitées et clairement indiquées dans cette dernière³.

Compétence

13) La législation sur l'insolvabilité devrait préciser quels débiteurs ont un lien suffisant avec un État pour être soumis à ses lois sur l'insolvabilité. Différentes approches peuvent être adoptées quant aux facteurs de rattachement à appliquer, mais les motifs pour lesquels un débiteur peut être soumis à la législation sur l'insolvabilité devraient être les suivants:

- a) le centre de ses intérêts principaux est situé dans cet État; ou
- b) il a un établissement dans cet État.

14) Aux fins de l'interprétation du terme "centre des intérêts principaux", la législation sur l'insolvabilité devrait disposer que, sauf preuve contraire, le centre des intérêts principaux est réputé se situer, dans le cas d'une personne morale, dans l'État dans lequel celle-ci a son siège statutaire, et, dans celui d'une personne physique, dans l'État dans lequel celle-ci a sa résidence habituelle.

15) La législation sur l'insolvabilité devrait définir le terme "établissement" comme désignant "tout lieu d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique avec des moyens humains et des biens ou des services"⁴.

16) [15)] La législation sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement quel tribunal est compétent pour connaître de la procédure d'insolvabilité et des questions liées au déroulement de celle-ci.

³ Il se peut que des entités étroitement réglementées comme les banques et les compagnies d'assurance nécessitent un traitement particulier qu'on pourrait leur accorder en les faisant relever d'un régime d'insolvabilité distinct ou de dispositions spéciales insérées dans la législation générale sur l'insolvabilité. Là où un régime spécial ou des dispositions spéciales ont été élaborés, ces entités peuvent être exclues du champ d'application des dispositions du régime général de l'insolvabilité.

⁴ Loi type de la CNUDCI, art. 2 f).