



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; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; et les sections B à F du chapitre III ainsi que les chapitres IV à VII dans des additifs postérieurs au présent additif.]

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Deuxième partie (<i>suite</i>)		
III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité . . .		2
A. Biens visés	57-70	2
1. Introduction	57-58	2
2. Biens entrant dans la masse de l'insolvabilité	59-65	2
3. Biens exclus de la masse de l'insolvabilité.	66-68	5
4. Biens récupérés	69-70	6
Recommandations	(27)-(29)	7



Les numéros de paragraphe entre crochets renvoient aux paragraphes pertinents de la version précédente du projet de guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58. Les numéros de recommandation figurant entre crochets renvoient aux recommandations pertinentes de la version précédente des recommandations publiée sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1. Les soulignements qui apparaissent dans le présent document dans le texte des recommandations indiquent qu'il s'agit de passages nouveaux.

Deuxième partie (suite)

III. Régime applicable aux biens à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

A. Biens visés

1. Introduction

57. [40] Une étape fondamentale dans la procédure d'insolvabilité est l'identification, le recouvrement, la protection et la disposition des biens appartenant au débiteur. De nombreux systèmes d'insolvabilité soumettent les biens du débiteur insolvable à un régime spécial, l'ensemble des biens soumis à ce régime, sur lequel le représentant de l'insolvabilité aura des pouvoirs bien définis, étant parfois appelé la masse de l'insolvabilité. Dans le présent Guide, le terme "masse" est employé dans son sens fonctionnel pour désigner les biens appartenant au débiteur qui sont placés sous le contrôle du représentant de l'insolvabilité et soumis à la procédure d'insolvabilité. Le régime qui s'applique à la "masse de l'insolvabilité" varie considérablement selon les pays. Dans certains pays, ce n'est plus le débiteur qui est propriétaire en droit des biens entrant dans la masse, mais le représentant de l'insolvabilité. Dans d'autres, le débiteur reste en droit propriétaire, mais ses pouvoirs en matière d'administration et de disposition des biens sont limités (il pourra en être totalement privé ou ne se voir reconnaître que des pouvoirs limités à ce qui entre dans le cours normal des activités, et la disposition, y compris sous forme de constitution de sûretés, nécessitera le consentement du représentant de l'insolvabilité ou du tribunal).

58. [41] Quelle que soit la tradition juridique applicable, la législation de l'insolvabilité devra indiquer clairement quels sont les biens qui seront soumis à la procédure d'insolvabilité (et partant inclus dans la "masse", là où ce terme a cours) et quelles seront sur eux les incidences de cette procédure; elle devra notamment préciser les pouvoirs des divers participants sur les biens. L'ampleur et la conduite de la procédure et, en particulier en cas de redressement, les chances de succès dépendront en grande partie de l'identification des biens et de leur traitement. Des dispositions claires sur ce point, en assurant la transparence et la sécurité juridique, serviront les intérêts à la fois des créanciers et du débiteur.

2. Biens entrant dans la masse de l'insolvabilité

a) Définition générale de la masse de l'insolvabilité

59. [43] La masse devrait en principe comprendre tous les biens corporels et incorporels sur lesquels le débiteur a un droit réel, qu'ils soient ou non en sa

possession à la date de l'ouverture de la procédure. En général, les biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité par le débiteur ou par le représentant de l'insolvabilité sont également inclus. Les biens corporels (disponibilités, matériel, stocks, travaux en cours, comptes bancaires, effets à recevoir, biens immobiliers, etc.) devraient apparaître sur les bilans du débiteur. Quant aux biens incorporels à inclure, ils varieront selon les législations nationales, mais pourront englober les droits de propriété intellectuelle, les connaissances, les titres et instruments financiers, les politiques d'assurance, les droits contractuels (y compris ceux portant sur des biens appartenant à des tiers), et les droits d'action en réparation d'une faute non contractuelle¹. Dans le cas des personnes physiques, la masse pourra également comprendre, par exemple, les droits sur une succession ou auxquels le débiteur peut prétendre ou auxquels il a droit à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou encore qui naissent pendant cette procédure.

b) Biens grevés de sûretés

60. La question de savoir s'il convient d'inclure les biens grevés d'une sûreté dans la masse de l'insolvabilité est une question importante. [46] Les approches adoptées par les législations de l'insolvabilité concernant les biens grevés de sûretés diffèrent. De nombreuses législations prévoient l'inclusion de ces biens dans la masse, l'ouverture de la procédure entraînant, selon les législations, des effets différents, tels que l'imposition de restrictions à l'exécution des sûretés détenues par des créanciers ou par des tiers (par le biais, par exemple, de la suspension des procédures d'exécution). Lorsqu'ils sont inclus dans la masse, les biens grevés de sûretés peuvent faire l'objet de certaines protections telles que celles visant à maintenir leur valeur ou consistant, dans certaines situations, à les distraire de la masse (voir, par exemple, chap. III.C). Lorsque les biens grevés de sûretés doivent être inclus dans la masse, la législation de l'insolvabilité devrait préciser que cela ne privera pas les créanciers garantis de leurs droits de propriété sur ces biens, même si l'exercice de ces droits s'en trouvera limité.

61. [46] Dans d'autres législations, l'insolvabilité est sans incidence sur les sûretés, et les créanciers garantis peuvent agir pour obtenir l'exécution de leurs droits légaux et contractuels. Certaines législations, bien qu'elles maintiennent les biens grevés de sûretés en dehors de la masse de l'insolvabilité, permettent au débiteur, avec l'assentiment du représentant de l'insolvabilité, de demander au tribunal d'interdire l'exécution si les biens sont nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise. [47] Exclure de la masse les biens grevés de sûretés peut présenter l'avantage d'accroître en général l'offre de crédit, car les créanciers garantis auront l'assurance que leurs intérêts ne seraient pas lésés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Toutefois, il faut sans doute mettre en balance cet avantage qui vaut pour l'ensemble de l'économie et d'autres avantages qui découleraient dans des cas particuliers d'insolvabilité, notamment en cas de redressement ou dans celui d'une cession en vue de la poursuite de l'activité de l'entreprise, du fait que tous les biens du débiteur seraient soumis à la procédure

¹ Certains pays excluent les actions en réparation d'un préjudice personnel tel que celui découlant de la diffamation ou d'une atteinte au crédit ou à la réputation, le débiteur conservant alors le droit d'agir lui-même et de garder les dommages-intérêts accordés, l'idée étant que s'il n'en était pas ainsi, il n'aurait plus vraiment d'incitation à chercher à obtenir réparation. [Quelle est la position en ce qui concerne les dommages corporels?]

d'insolvabilité dès l'ouverture de celle-ci. La restriction de l'exercice des droits des créanciers garantis peut non seulement contribuer à assurer l'égalité de traitement des créanciers, mais aussi s'avérer indispensable à la procédure de redressement lorsque le bien grevé est un élément essentiel de l'entreprise. Par exemple, lorsque du matériel de production ou des locaux pris à bail sont indispensables à l'activité de l'entreprise débitrice, le redressement ou la cession en vue de la poursuite de l'activité ne pourront avoir lieu que si le matériel ou le bail peuvent être conservés.

62. Les possibilités offertes aux créanciers garantis par les législations de l'insolvabilité sont variables: le créancier garanti peut, par exemple, réaliser sa sûreté et, si le montant résultant de la réalisation est inférieur à celui de la créance, déclarer, en tant que créancier chirographaire, une créance correspondant à la différence (si le montant résultant de la réalisation est supérieur à celui de la créance, le créancier garanti devra restituer le surplus au représentant de l'insolvabilité); faire évaluer le bien grevé et déclarer, en tant que créancier chirographaire, une créance correspondant à la différence entre la valeur estimée et la créance; et moyennant le paiement de sa valeur, remettre le bien grevé au représentant de l'insolvabilité.

c) Biens communs

63. Lorsque le débiteur est une personne physique et que ses biens personnels sont aussi la propriété de son conjoint, les approches concernant le traitement de ces biens diffèrent selon les législations de l'insolvabilité. L'une de ces approches consiste à exclure totalement ces biens de la masse de l'insolvabilité. Une autre approche consiste, en cas d'ouverture d'une procédure contre les biens de l'un des conjoints, à inclure dans la masse de l'insolvabilité la part des biens communs revenant à ce conjoint si le droit commun autorise le démembrement de l'indivision aux fins d'exécution (dans ce cas, le partage de l'indivision ne sera pas régi par la législation de l'insolvabilité et se fera indépendamment de la procédure).

d) Biens appartenant à des tiers

64. [48] Des questions complexes risquent de se poser lorsqu'il s'agit de déterminer si un bien appartient au débiteur ou à une autre partie, et s'il convient d'inclure dans la masse de l'insolvabilité les biens d'un tiers qui, au moment de l'ouverture de la procédure, se trouvent en la possession du débiteur en vertu d'arrangements prévoyant leur utilisation ou d'un contrat de location ou de franchise. Dans certaines législations de l'insolvabilité, ces biens sont considérés comme entrant dans la masse. Dans d'autres, seront généralement considérés comme entrant dans la masse, comme indiqué plus haut dans la définition générale de la masse, tous droits que pourrait avoir le débiteur sur les biens appartenant à des tiers. [48] Il peut se faire que les biens appartenant à des tiers, à l'instar des biens grevés de sûretés, soient indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise, que l'on se place dans l'optique d'un redressement ou d'une cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, et il serait donc avantageux que la législation de l'insolvabilité prévoie un mécanisme qui permette de soumettre ces biens à la procédure d'insolvabilité. Cette question est examinée plus en détail au chapitre III.C.

e) Date de constitution de la masse

65. [42] La législation de l'insolvabilité devrait spécifier la date à partir de laquelle les biens seront réputés faire partie de la masse afin qu'il n'y ait sur ce point aucun doute, ni pour le débiteur ni pour les créanciers. La masse devrait inclure les biens du débiteur à la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité ainsi que les biens acquis par le représentant de l'insolvabilité et le débiteur après cette date, que ce soit dans l'exercice de pouvoirs d'annulation (voir chap. III.F) ou dans le cours normal des activités de l'entreprise débitrice.

3. Biens exclus de la masse de l'insolvabilité**a) Exclusions générales**

66. La législation de l'insolvabilité peut prescrire que certains biens seront exclus de la masse. Les approches adoptées sur ce point diffèrent suivant les législations. Peuvent être exclus de la masse certains biens appartenant à un tiers qui se trouvent en la possession du débiteur à l'ouverture de la procédure, tels que des biens placés en fiducie ou des biens qui se trouvent en la possession du débiteur en vertu d'un arrangement (contractuel ou autre) qui n'implique aucun transfert de propriété, mais prévoit uniquement l'utilisation des biens par le débiteur, à charge pour ce dernier de les restituer à leur propriétaire une fois atteintes les fins pour lesquelles ils ont été mis en sa possession². Le traitement des biens utilisés par le débiteur en vertu d'un contrat de location dans lequel le bailleur conserve le droit de propriété mérite sans doute une attention particulière. Dans certains pays, les biens dont un créancier conserve la propriété (par exemple, en cas de conservation du droit de propriété par le créancier garanti, ou dans le cadre d'un contrat de crédit-bail) peuvent être distraits de la masse de l'insolvabilité. Dans d'autres, s'il ressort des conditions économiques de l'opération (l'absence de transfert du droit de propriété au débiteur) que l'on a affaire à un procédé de financement de l'acquisition d'un bien, même si l'on est en présence d'un contrat de location, l'arrangement sera considéré comme un prêt assorti d'une sûreté, et le bailleur recevra le même traitement que les autres créanciers garantis. Une opération sera considérée comme un procédé de financement lorsqu'à l'expiration du contrat de location, soit le débiteur pourra conserver le bien moyennant le versement d'une somme symbolique, soit la valeur résiduelle du bien sera négligeable. Dans un cas comme dans l'autre, le bien pourra être utilisé par le représentant de l'insolvabilité sous réserve de certaines conditions comme indiqué au chapitre III.C.

[On notera que, dans sa version actuelle, le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties recommande le regroupement de tous ces procédés avec d'autres formes de crédit garanti dans une catégorie générale de "sûretés" et qu'ils soient traités comme telles dans les procédures d'insolvabilité, mais cette approche n'a pas encore été définitivement arrêtée par le Groupe de travail VI.]

b) Biens étrangers

67. Le point de savoir si les biens du débiteur situés en dehors du pays dans lequel a lieu la procédure entreront dans la masse de l'insolvabilité soulève des questions qui touchent à l'insolvabilité internationale. L'approche adoptée par certaines

² Un tel arrangement peut être connu sous le nom de dépôt, de consignation ou [...].

législations de l'insolvabilité est qu'il devrait n'y avoir qu'une seule procédure d'insolvabilité basée dans le pays où le débiteur a son siège social ou son lieu d'immatriculation ou d'incorporation (centre des intérêts principaux), laquelle procédure s'appliquera à tous les biens du débiteur où qu'ils se situent (approche universelle). D'autres législations de l'insolvabilité prévoient l'ouverture de procédures différentes dans les pays où l'entreprise a des biens ou des filiales ou établissements (approche territoriale). La diversité des approches fait que l'incertitude est considérable et compromet l'efficacité des législations nationales de l'insolvabilité. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale établit un régime débouchant sur une coopération efficace en cas d'insolvabilité internationale grâce à la reconnaissance des décisions étrangères et à l'accès des représentants étrangers de l'insolvabilité aux juridictions locales. Le régime a été conçu de façon à être compatible avec tous les systèmes juridiques, et il est examiné plus en détail au chapitre VIII.

c) Lorsque le débiteur est une personne physique

68. [45] En cas d'insolvabilité d'une personne physique, la législation de l'insolvabilité pourra exclure de la masse certains biens tels que les gains tirés de la prestation de services personnels postérieurement à la demande d'ouverture, les biens nécessaires au débiteur pour gagner sa vie et les biens personnels et biens du ménage, comme le mobilier, les biens d'équipement ménager, la literie, les vêtements et autres biens nécessaires à la satisfaction des besoins élémentaires du débiteur et de sa famille. Lorsqu'elle prévoit l'exclusion de biens d'une personne physique, la législation de l'insolvabilité doit bien préciser quels biens sont susceptibles d'être exclus et limiter les exclusions au minimum nécessaire pour sauvegarder les droits personnels du débiteur et permettre à celui-ci de mener une vie productive. Pour déterminer ces exclusions, il faudra prendre en considération les obligations en matière de droits de l'homme applicables, y compris les obligations internationales, qui sont destinées à protéger le débiteur et sa famille³.

4. Biens récupérés

a) Procédures d'annulation

69. [50] Les biens qui seront soumis à la procédure d'insolvabilité incluront tout bien récupéré par le représentant de l'insolvabilité, qui avait été irrégulièrement transféré ou qui l'avait été alors que le débiteur était déjà insolvable, de sorte que le principe *pari passu* (c'est-à-dire le principe selon lequel les créanciers de la même catégorie doivent être placés sur un pied d'égalité et recevoir une part de la masse proportionnelle à leur créance) a été enfreint. La plupart des systèmes juridiques prévoient l'annulation des opérations qui ont permis à certains créanciers de bénéficier d'un traitement préférentiel, ou qui étaient de nature frauduleuse ou avaient pour objectif d'empêcher des créanciers d'exercer leurs droits, et la récupération des sommes correspondantes (voir deuxième partie, chap. III.F).

³ En Europe, par exemple, la Commission européenne des droits de l'homme sera à prendre en considération.

b) Opérations non agréées

70. De nombreuses législations de l'insolvabilité restreignent la liberté du débiteur de disposer comme il l'entend de ses biens sans obtenir l'agrément du tribunal ou du représentant de l'insolvabilité. Ces restrictions entrent généralement en application après la demande d'ouverture d'une procédure (dans les cas où les pouvoirs sur les biens entrant dans la masse de l'insolvabilité ont été confiés à un représentant provisoire de l'insolvabilité) ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans certaines législations de l'insolvabilité, les opérations qui débouchent sur des transferts de biens non agréés sont considérées comme nulles et sont inopposables à la masse de l'insolvabilité, et les biens transférés peuvent être récupérés, sauf dans certains cas lorsque le cocontractant a versé une contrepartie ou peut prouver que l'opération n'a pas porté atteinte aux droits des créanciers. D'autres législations de l'insolvabilité parviennent au même résultat en prévoyant l'annulation des contrats non agréés. Certaines de ces législations précisent les types d'opérations qui peuvent être annulées dans de tels cas, y compris l'exécution d'obligations nées avant l'ouverture de la procédure, le paiement de créances antérieures à la demande d'ouverture, la constitution de sûretés sur des biens faisant partie de la masse et la disposition de tout droit ou bien entrant dans la masse de l'insolvabilité.

Recommandations**Objet des dispositions législatives**

L'objet de dispositions concernant les biens visés par la procédure d'insolvabilité est:

- a) de déterminer les biens qui constitueront la masse de l'insolvabilité;
- ~~b) d'indiquer l'incidence de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur les droits sur ces biens;~~
- b) de déterminer les biens qui seront spécifiquement exclus de la masse de l'insolvabilité;
- ~~d) d'indiquer l'incidence de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur les biens appartenant à des tiers et les biens grevés de sûretés.~~

Teneur des dispositions législatives

Biens constituant la masse de l'insolvabilité

27. [24] La législation de l'insolvabilité devrait indiquer les biens à inclure dans la masse de l'insolvabilité. Devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité: Ces biens pourraient être:

- a) Les biens, corporels ou incorporels⁴, appartenant au débiteur, qu'ils soient ou non en la possession de ce dernier et qu'ils soient ou non

⁴ La définition des biens incorporels variera selon les législations nationales, mais elle peut inclure les droits de propriété intellectuelle, les connaissements, les sûretés et instruments financiers, les politiques d'assurance, les droits contractuels (y compris ceux portant sur des biens appartenant à des tiers), et les droits d'action en réparation d'une faute non contractuelle.

grevés d'une sûreté au profit d'un créancier [*déterminés conformément au droit des biens et de la propriété et au droit des sûretés de l'État*];

b) les biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) les biens récupérés à l'issue d'une action en annulation ou autre engagée par le représentant de l'insolvabilité, y compris en cas d'opérations non agréées.

28. Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte au lieu où le débiteur a son centre des intérêts principaux, la législation de l'insolvabilité devrait spécifier si la masse de l'insolvabilité engloberait tous les biens où qu'ils soient situés.

Biens pouvant être exclus ~~personnes physiques~~

29. [25.] La législation de l'insolvabilité devrait spécifier les biens à exclure de la masse de l'insolvabilité. Lorsque le débiteur est une personne physique, ~~la législation de l'insolvabilité devrait spécifier les biens à exclure de la masse de l'insolvabilité, en particulier ceux~~ seront exclus notamment les biens nécessaires à la sauvegarde des droits personnels du débiteur, qui pourront inclure des biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il n'est généralement pas prévu d'exclusions lorsque le débiteur est une entité.