



Rapport explicatif de la Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite

Istanbul, 5.VI.1990

I. La Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite a été élaborée au sein du Conseil de l'Europe par un comité d'experts placé sous l'autorité du Comité européen de coopération juridique (CDCJ).

La Convention a été ouverte le 5 juin 1990 à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe.

II. Le texte du rapport explicatif préparé par le comité d'experts et adressé au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, tel qu'amendé et complété par le CO, ne constitue pas un instrument d'interprétation authentique du texte de la Convention, bien qu'il puisse être susceptible de faciliter l'application des dispositions qui y sont contenues.

Introduction générale

1 . La présente Convention contient des règles en cas de faillites présentant des aspects internationaux en raison de la situation des biens du débiteur ou de la dispersion de ses créanciers dans divers Etats.

2. Lorsqu'un débiteur déclaré en faillite dans un Etat possède des biens dans un ou plusieurs autres Etats, la Convention offre deux possibilités:

- elle permet aux syndics d'exercer, dans les pays autres que celui de l'ouverture de la faillite, certains des pouvoirs que leur qualité de syndic leur confère (chapitre II);
- elle permet et organise l'ouverture de faillites secondaires (chapitre III).

Le recours à l'une ou l'autre de ces possibilités pourra dépendre de l'importance des biens situés dans l'autre Etat. L'impact des mesures à prendre peut en effet être différent selon qu'il s'agit uniquement d'un compte en banque ou d'un établissement du débiteur.

Un syndic qui aurait entamé les formalités nécessaires pour exercer ses pouvoirs, conformément au chapitre II, pourra se trouver en présence d'une requête d'un créancier demandant l'ouverture d'une faillite secondaire ou autre faillite locale, ou estimer lui-même ultérieurement que le nombre de créanciers ou l'importance des biens justifie une faillite locale et, en conséquence, l'ouverture d'une faillite secondaire.

3. Lorsqu'un débiteur déclaré en faillite a des créanciers dans d'autres Etats, la convention permet aux créanciers de produire leurs créances dans la faillite de cet Etat, et, à cette fin, elle prévoit l'information des créanciers et la déclaration des créances dans des formes simplifiées (chapitre IV).

4. La Convention ne vise pas à se substituer à des accords multilatéraux (par exemple la Convention nordique) ou bilatéraux auxquels un Etat partie à la présente Convention est ou devient une Partie. Les éventuels conflits entre conventions seront réglés selon le droit international public.

Chapitre I – Dispositions générales

Article 1 – Champ d'application de la Convention

5. L'article 1, paragraphe 1, définit le champ d'application ratione materiae de la Convention.

Les procédures auxquelles la Convention s'applique ont des dénominations qui peuvent différer d'une Partie à l'autre. C'est la raison pour laquelle cet article détermine les caractéristiques auxquelles doivent répondre ces procédures.

Aux fins de l'application des chapitres II ou III, la procédure doit remplir les quatre conditions suivantes.

- être une procédure collective fondée sur l'insolvabilité du débiteur;
- entraîner la désignation d'un syndic;
- être susceptible de mener à la liquidation des biens, même si en cours de procédure d'autres solutions peuvent être adoptées;
- entraîner le dessaisissement du débiteur.

Toutefois, pour tomber dans le champ d'application du chapitre IV, il n'est pas nécessaire que les procédures entraînent une liquidation des biens et le dessaisissement du débiteur (voir l'article 29).

6. La notion d'insolvabilité varie d'après les législations nationales des Parties. Il est entendu que le but essentiel d'une procédure d'insolvabilité, au sens de la Convention, est l'utilisation optimale des biens du débiteur dans l'intérêt de ses créanciers. Des procédures qui ne tiennent pas compte des intérêts financiers des créanciers et qui visent essentiellement des objectifs de politique économique tels que la sauvegarde de l'emploi ou de la structure industrielle ne sont pas des procédures d'insolvabilité au sens de la Convention. Il s'ensuit *a fortiori* que les procédures qui visent au redressement d'entreprises commerciales, à un moment où elles connaissent des difficultés financières mais ne sont pas encore arrivées au stade de l'insolvabilité, ne tombent pas dans le champ d'application de la Convention.

7. Eu égard aux critères énoncés à l'article 1, les Etats membres du Conseil de l'Europe ont énuméré dans l'annexe A les procédures auxquelles s'applique la Convention.

La liste figurant dans l'annexe A pourra être modifiée par les Etats qu'il s'agisse de complément ou de suppression lors du dépôt de leur instrument de ratification, si les autres Parties à la Convention et les Etats signataires ne s'y opposent pas dans les trois mois (voir l'article 36, paragraphe 2).

Bien que l'article 1 décrive le champ d'application de la Convention comme s'étendant aux procédures «susceptibles d'entraîner la liquidation des biens», la liste qui a été adoptée au moment de la conclusion de la Convention se limite à énoncer des procédures ayant pour objectif principal la liquidation des biens d'un débiteur insolvable.

Les auteurs de la Convention se sont mis d'accord pour ne pas inclure, dès la conclusion et dès le début de la mise en vigueur de la Convention, des procédures n'entraînant la liquidation des biens que si elles ne pouvaient aboutir à d'autres solutions plus satisfaisantes telles que des accords entre créanciers, des plans de redressement, etc.

8. La Convention ne s'applique pas aux entreprises d'assurances ni aux établissements de crédit, tels que des banques, qui font l'objet d'une procédure pouvant tomber dans le champ d'application de la Convention. En effet, ces institutions, qui sont généralement soumises à un agrément administratif, sont régies en cas d'insolvabilité par des procédures spécifiques qui dans certains pays sont de nature administrative et peuvent, au moins en ce qui concerne la période précédant la faillite, déroger aux procédures collectives généralement applicables pour éviter la faillite.

Puisque la faillite des biens d'une personne décédée n'a pas été exclue, elle entre dans le champ d'application de la présente Convention.

9. Le paragraphe 2 précise l'objet de la Convention, à savoir:

- l'exercice dans d'autres Parties de certains pouvoirs du syndic relatifs à l'administration du patrimoine du débiteur;
- l'ouverture de faillites secondaires dans d'autres Parties;
- l'information à fournir aux créanciers résidant dans d'autres Parties et la production de leurs créances.

Ces trois points sont repris respectivement dans le chapitre II (articles 6 à 15), le chapitre III (articles 16 à 28) et le chapitre IV (articles 29 à 32).

10. Le chapitre I traite de dispositions générales.

Le chapitre II s'applique aux procédures dans lesquelles un syndic est désigné et traite des conditions auxquelles il peut exercer ses pouvoirs.

Le chapitre III prévoit la possibilité d'ouverture d'une faillite secondaire pour la seule raison qu'une faillite a été ouverte contre le même débiteur dans une autre Partie. Il règle notamment les conditions d'ouverture, de publicité et de clôture, les modalités de paiement des créanciers et le transfert du surplus des actifs.

Le champ d'application du chapitre IV est différent de celui des chapitres II et III. En raison de leur contenu, les chapitres II et III ne peuvent s'appliquer qu'à des procédures fondées sur l'insolvabilité du débiteur et au cours desquelles un syndic est désigné pour administrer les biens du débiteur ou pour en disposer. Toutefois, les procédures qui entrent dans le champ d'application du chapitre IV ne comportent pas nécessairement le dessaisissement du débiteur, ni la liquidation de ses biens.

11. Cet article 1 définit, en outre, dans son paragraphe 3, alinéa a, le terme «syndic» en précisant qu'il ne peut s'agir que d'une personne physique ou d'un organe nommé par une juridiction ou autre autorité compétente, dont la fonction est d'administrer ou de liquider les biens du failli ou de surveiller la gestion des affaires du débiteur.

Ces syndics sont énumérés dans l'annexe B à la Convention.

Par la fonction de surveillance, on vise surtout des procédures telles que le règlement judiciaire, le concordat préventif, le séquestre ou les arrangements volontaires.

12. Enfin, dans son paragraphe 3, alinéa b, cet article contient une définition du terme «dessaisissement», à savoir le transfert à un syndic des pouvoirs du débiteur sur tout son patrimoine à l'exclusion de toute autre personne.

13. En ce qui concerne la portée des termes anglais bankruptcy et liquidator, il est précisé que la Convention est limitée aux procédures basées sur l'insolvabilité. Les procédures considérées comme «faillite» et les personnes considérées comme «syndic» sont précisées aux annexes A et B, sous réserve de ce qui est dit au paragraphe 7 de ce rapport.

Article 2 – Preuve de la nomination du syndic

14. L'article 2 détermine la preuve à fournir par le syndic pour établir, à l'étranger, sa nomination en qualité de syndic.

15. La présentation d'une copie certifiée conforme de la décision nommant le syndic ou la présentation d'un certificat officiel de nomination établi par la juridiction qui a ouvert la faillite suffit pour établir sa nomination en cette qualité.

En effet, il ne s'agit pas de donner force exécutoire à la décision nommant le syndic mais d'établir la preuve que la personne désignée dans le document de nomination est syndic dans une procédure de faillite ouverte dans une autre Partie.

16. La décision ou le certificat officiel est dispensé de toute légalisation ou formalité analogue telle que l'apostille prévue par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers.

17. Par décision nommant le syndic, on comprend également les décisions qui, comme en Suisse, renvoient à un organe chargé de l'administration des affaires du failli.

18. Pour répondre aux exigences de certaines Parties, la faculté d'exiger une traduction dans la ou l'une des langues officielles de la Partie où le syndic cherche à agir est prévue. Cette traduction doit être effectuée selon les normes habituelles appliquées aux traductions de documents officiels.

19. La qualité du syndic et ses pouvoirs sont reconnus de plein droit aussi longtemps qu'il n'y a pas opposition (voir l'article 12).

Article 3 – Ouverture de la faillite

20. Le syndic ne peut agir dans une autre Partie que si la décision d'ouverture de la faillite remplit les conditions énumérées à l'article 3.

En cas de contestation et lorsque le juge est appelé à statuer sur l'opposition faite en vertu de l'article 12, il pourra vérifier notamment si la décision d'ouverture de la faillite répond à ces conditions.

21. Ces conditions sont au nombre de trois:

a. La décision d'ouverture de la faillite doit émaner d'une juridiction ou autre autorité compétente selon l'article 4. Il s'agit de règles indirectes de compétence territoriale (voir *infra*).

b. La décision d'ouverture de la faillite doit produire ses effets dans la Partie où la faillite est ouverte. Cette décision ne doit pas nécessairement y avoir force de chose jugée mais elle doit toutefois pouvoir être appliquée ou du moins produire provisoirement ses effets sur le territoire de la Partie où la faillite a été ouverte, même si elle a fait ou peut encore faire l'objet de recours. Il a semblé inopportun d'exiger

que la décision soit définitive, afin de prévenir que le failli ou certains créanciers agissant par surprise ne transfèrent des avoirs pendant la période située entre cette décision et la date à laquelle elle devient définitive.

c. La décision d'ouverture de la faillite ne doit pas être manifestement contraire à l'ordre public de la Partie sur le territoire de laquelle le syndic entend exercer ses pouvoirs ou sur le territoire de laquelle l'ouverture d'une faillite secondaire a été demandée. Le terme «manifestement» – communément utilisé dans les instruments internationaux – a été utilisé afin de limiter l'application de la notion d'ordre public.

Article 4 – Compétence internationale indirecte

22. L'article 4 contient des règles de compétence indirecte dans les rapports internationaux pour les juridictions et les autorités compétentes.

23. Les termes «autorités compétentes» doivent être pris dans un sens large et peuvent comprendre la réunion à laquelle une société décide sa propre liquidation, l'assemblée des créanciers ou une autorité administrative.

Au Royaume-Uni, la plupart des liquidations de sociétés commerciales sont des liquidations volontaires diligentées par les créanciers. Ce type de liquidation est ouvert par la société insolvable, par l'adoption d'une résolution de dépôt de bilan lors d'une réunion de ses membres; celle-ci est suivie d'une réunion des créanciers au cours de laquelle le syndic est nommé. Le dépôt de bilan et la nomination d'un syndic sont donc le résultat de ces deux réunions qui, prises conjointement, constituent l'«autorité compétente».

24. Les règles de compétence indirecte ne sont pas des règles imposées à la juridiction ou à l'autorité de l'Etat de la faillite principale, mais elles obligent la juridiction ou l'autorité de l'Etat où la décision est invoquée à reconnaître la compétence de la juridiction ou de l'autorité d'origine.

25. Il s'ensuit que la Convention n'oblige pas les Etats à introduire dans leur droit interne les règles de compétence prévues par l'article 4. Lorsque l'application de la présente Convention sera invoquée, la juridiction ou l'autorité saisie ne sera cependant tenue de l'appliquer que si la décision de faillite dont on se prévaut a été rendue par une juridiction ou une autorité compétente en vertu de l'article 4.

26. Puisqu'il s'agit d'une compétence indirecte, le tribunal ou l'autorité d'une Partie sera compétent s'il remplit les conditions prévues au paragraphe 1, même si le tribunal, en conformité avec la loi de cette Partie, a fondé sa compétence sur d'autres critères tels que le domicile.

27. Le principe de base est que le tribunal de la Partie où le failli a le centre de ses intérêts principaux est compétent. Pour les personnes morales, le siège statutaire est présumé être le centre de ses intérêts principaux. Cette présomption est susceptible de preuve contraire.

Ceci peut être le cas lorsqu'il est prouvé que les décisions sur la gestion de la personne morale sont prises ailleurs.

28. Le paragraphe 1 vise le cas où le failli ou la personne morale en faillite a le centre de ses intérêts principaux dans une Partie.

29. Le paragraphe 2 retient toutefois la compétence de la juridiction ou autre autorité de la Partie où le débiteur a un établissement dans deux cas.

Le premier cas.(a) est celui où un débiteur a le centre de ses intérêts principaux sur le territoire d'un Etat qui n'est pas partie et a un établissement sur le territoire d'une Partie. Dans ce cas, les juridictions ou autres autorités de cette dernière Partie sont compétentes.

30. Le second cas (b) est de nature différente car il tient au système juridique de la Partie où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux. Si, selon la loi de cette dernière Partie, la faillite du débiteur ne peut être prononcée en raison d'une qualité particulière de celui-ci (non-commerçant, petit entrepreneur, artisan, agriculteur ...), les juridictions ou autres autorités d'une Partie sur le territoire de laquelle le débiteur a un établissement sont compétentes.

31. L'application du paragraphe 2 (alinéas a et b) peut entraîner des compétences concurrentes lorsqu'il y a plusieurs établissements.

C'est la raison pour laquelle le deuxième alinéa du paragraphe 2 détermine un rang de compétence fondé sur la priorité dans le temps.

32. Il est nécessaire d'insister sur le fait que le but de l'article 4 diffère des projets de conventions fondées sur l'unité de la faillite, qui édicteraient des règles directes de compétence pour l'ouverture d'une faillite ou autre procédure collective.

33. La présente Convention se limite à établir des règles de compétence indirecte telles qu'expliquées au paragraphe 24.

34. Les dispositions de l'article 4 s'appliquent également en cas de faillite portant sur les biens d'une personne décédée, dès lors que les conditions prévues par ces dispositions étaient remplies vis-à-vis du débiteur au moment de son décès.

Article 5 – Désintéressement partiel des créanciers

35. L'article 5 tend à assurer le respect du principe de l'égalité entre les créanciers lorsque, dans le cadre de la présente Convention, ils sont amenés à produire des créances dans des procédures de liquidation distinctes. Un créancier qui aurait été désintéressé partiellement dans une faillite ne pourra recevoir un paiement dans une autre faillite ouverte contre le même débiteur aussi longtemps que les autres créanciers de cette dernière faillite n'auront pas obtenu un paiement égal au dividende que ce créancier avait déjà reçu. En pratique, cette règle signifie qu'un créancier peut produire sa créance entièrement dans plusieurs faillites. Le montant de la créance dans une faillite n'est pas réduit en raison du fait que le créancier a obtenu un dividende dans une autre faillite, à condition qu'il n'ait pas reçu 100 % de sa créance. La règle ne s'applique qu'à partir du moment où l'actif du débiteur est réparti entre les créanciers. L'effet de la règle est le même, peu importe que l'avance sur le dividende payée à un créancier provienne d'une liquidation ou d'un concordat, ou que la procédure, dans laquelle le premier dividende est pris en considération, soit clôturée sur la base d'une liquidation, d'un concordat ou d'un arrangement similaire. La créance en question sera prise en compte dans le calcul des dividendes effectué dans l'autre Partie conformément à l'article 5.

Comme il est dit dans la première phrase de l'article, la règle ne peut s'appliquer au détriment des créanciers qui sont titulaires d'un privilège de droit réel. Ceci est en harmonie avec l'esprit de la Convention, tel qu'il est précisé à l'article 4, paragraphe 2, alinéa a.

Cette règle n'empêche pas un créancier de participer aux dividendes d'une faillite sur un pied d'égalité avec tous les autres créanciers, à moins qu'il n'ait effectivement reçu un dividende dans une autre faillite. Le simple fait que le créancier ait le droit de recevoir un dividende dans une autre faillite ne permet pas à une juridiction ou à un syndic de lui refuser un paiement.

Chapitre II – Exercice de certains pouvoirs du syndic

36. Ce chapitre concerne l'exercice des pouvoirs du syndic dans une Partie autre que celle où la faillite a été ouverte.

37. L'application de ce chapitre n'implique pas la reconnaissance de la décision étrangère ouvrant la faillite.

38. La Convention se limite à permettre à un syndic étranger d'exercer certains pouvoirs dans un pays autre que celui de l'ouverture de la faillite. Ces pouvoirs lui permettent d'accomplir des actes d'administration et de disposition des biens du débiteur dans les conditions précisées dans les articles suivants.

Article 6 – Champ d'application du chapitre II

39. Le chapitre II s'applique non seulement aux procédures définies à l'article 1, paragraphe 1, mais aussi aux procédures qui ont pour objet la sauvegarde provisoire des biens du débiteur, avant l'ouverture formelle de la procédure de la faillite.

Ces dernières procédures, que connaît notamment la République Fédérale d'Allemagne, consistent en des mesures conservatoires prises à titre provisoire par une juridiction ou une autorité compétente, en attendant qu'intervienne une décision sur la demande d'ouverture de la faillite. Le tribunal saisi peut en cours de procédure nommer un séquestre dont la fonction est d'administrer les biens du débiteur en vue de protéger le patrimoine du débiteur contre les actes de disposition du débiteur ou contre les poursuites intentées par certains créanciers.

Article 7 – Capacité du syndic

40. Sous réserve des conditions prévues à l'article 3, le syndic peut exercer ses pouvoirs sur la seule présentation du document décrit à l'article 2, étant entendu qu'il ne s'agit que des seuls pouvoirs spécifiques en sa qualité de syndic. La nature et l'étendue de ces pouvoirs sont déterminées par la loi de la faillite de la Partie où la procédure de faillite a été ouverte. Ces pouvoirs peuvent varier d'une Partie à l'autre. Il est important de souligner que les pouvoirs du syndic ne sont pas nécessairement identiques à ceux d'un syndic qui pourrait être nommé dans une éventuelle faillite ouverte dans la Partie où le syndic souhaite exercer ses pouvoirs. Il va de soi que ses pouvoirs sont limités conformément à l'article 10 (voir les paragraphes 52, 53 et 54).

Article 8 – Mesures de protection et de préservation des biens

41. Le comité a estimé que le syndic devait pouvoir, dès sa nomination, prendre ou faire prendre les mesures nécessaires de protection ou de préservation des biens du débiteur. Il s'agit de mesures urgentes prises à titre conservatoire ou provisoire.

Il peut notamment faire apposer des scellés, prendre des inscriptions hypothécaires, vendre des objets mobiliers périssables, pratiquer une saisie-arrêt, prendre possession des titres de propriété, des traites, des livres et registres appartenant au failli, recouvrer les créances exigibles, gérer les affaires du débiteur, etc., et autres mesures prévues par la loi nationale.

42. Ces mesures devront être prises en conformité avec le droit national de la Partie dans laquelle le syndic veut agir; il s'ensuit que, selon les cas, le syndic pourra prendre lui-même les mesures ou les faire prendre par l'autorité prévue à cet effet dans l'Etat où il agit. Le but de cette disposition est d'éviter que le débiteur ne fasse disparaître certains biens ou que certains créanciers bien informés ne se satisfassent au détriment de l'ensemble des créanciers. Ces mesures peuvent être prises par le syndic sans attendre l'écoulement des deux mois prévus à l'article 11, ni l'ouverture de la faillite secondaire, au sens de l'article 16.

43. Les mesures prises dans le cadre de l'article 8 ne permettent toutefois pas de déplacer les biens hors du territoire de la Partie dans laquelle le syndic agit.

Ces mesures peuvent, le cas échéant, être écartées par les créanciers agissant en vertu de l'article 11, paragraphe 2, ou être contestées en vertu de l'article 12.

Article 9 – Publicité des pouvoirs du syndic

44. L'article 9 contient des dispositions qui visent à informer les créanciers et tous autres intéressés se trouvant sur le territoire de la Partie où le syndic veut agir. Cette information se fera par la publication de la décision qui nomme le syndic ou celle du certificat officiel de sa nomination, ainsi qu'il est mentionné à l'article 2.

45. Cette publication se fera selon les règles en vigueur sur le territoire de la Partie où le syndic veut agir. Ce sont ces règles qui détermineront s'il faut une autorisation pour une telle publication, quelle est l'autorité compétente pour l'accorder, où et selon quel mode cette publication doit être faite. Cette publication suivra donc les règles ou les usages en vigueur dans la Partie où le syndic veut agir, pour atteindre au mieux l'information recherchée.

46. L'information portera sur des éléments présentant un intérêt pour les créanciers; à cet effet, elle pourra indiquer la désignation du syndic, les pouvoirs qu'il peut exercer et toutes conditions dans lesquelles les créanciers peuvent produire leurs créances.

Article 10 – Actes d'administration, de gestion et de disposition des biens du débiteur

47. Les dispositions du chapitre II permettent au syndic d'accomplir ou de faire accomplir tous actes d'administration et de disposition qui sont dans son pouvoir.

L'interprétation de ces deux notions et la distinction entre ces deux catégories d'actes sont laissées aux Parties. Le contenu de ces deux notions présente des nuances différentes d'une Partie à l'autre, et une harmonisation en la matière, aux fins d'application de la présente Convention, paraît difficile.

48. La reconnaissance des pouvoirs du syndic ne dépend pas de la nature des biens mobiliers ou immobiliers sur lesquels les actes doivent porter.

49. C'est uniquement sur les biens du débiteur que le syndic exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi de la Partie où la faillite a été prononcée.

50. Le syndic peut exercer ses pouvoirs dans une autre Partie sans qu'il soit nécessaire de recourir au préalable à une procédure d'exequatur de la décision étrangère d'ouverture de la faillite.

51. Toutefois, il ne peut exercer ses pouvoirs que sous certaines conditions, à savoir:

- a. le syndic doit être nommé par une juridiction ou une autre autorité compétente selon l'article 4;
- b. le syndic doit agir dans les limites de ses pouvoirs;
- c. aucun des obstacles prévus, notamment à l'article 14, ne doit s'opposer à l'exercice de ses pouvoirs.

52. Les pouvoirs visés sont les pouvoirs qui peuvent être exercés par le syndic en tant que tel et non ceux qu'il pourrait exercer en une autre qualité, par exemple comme gérant d'affaires.

53. La question de savoir si le syndic devait aussi être autorisé à se faire remettre par les services postaux d'autres Parties le courrier du failli a été examinée par le comité. Elle a reçu une réponse négative en raison du fait que la Convention n'oblige pas les Parties à reconnaître une interruption de courrier.

Il va de soi que le syndic, agissant dans une Partie autre que celle de l'ouverture de la faillite, reste soumis aux dispositions d'ordre public de ce pays. Par conséquent, il ne peut déplacer les biens dont le déplacement est interdit ou soumis à des restrictions d'ordre public, par exemple la protection de la monnaie ou des marchés financiers nationaux et la protection du patrimoine artistique et culturel, la fourniture des équipements collectifs indispensables et la protection des biens nécessaires pour l'usage personnel du failli dans son emploi, ses affaires ou son métier (ses outils de travail, par exemple) ou pour la satisfaction des besoins domestiques fondamentaux du failli ou de sa famille.

54. Le paragraphe 2 de l'article 10 soumet les actes d'administration, de gestion et de disposition à la loi de la Partie sur le territoire de laquelle les biens du débiteur sont situés. Celle-ci est appelée à s'appliquer soit à titre de loi du for soit en vertu de la règle *locus regit actum*, selon la nature de l'acte accompli.

Article 11 – Conditions d'exercice des pouvoirs du syndic

55. A partir du lendemain de la publication mentionnée à l'article 9, commence un délai de moratoire de deux mois pendant lequel le syndic ne peut accomplir les actes d'administration et de disposition prévus par l'article 10; seules sont permises les mesures conservatoires qu'il est autorisé à prendre en vertu de l'article 8. Ces dernières mesures sont, par nature, provisoires et peuvent être considérées comme des actes dans l'intérêt de tous, y compris dans l'intérêt du débiteur. La plupart de ces mesures sont d'ailleurs des actes qui, dans la majorité des Parties, peuvent être accomplis par tout tiers et qui ne nécessitent pas la qualité de syndic.

56. Ce moratoire a plusieurs justifications: il permet par exemple de contester les pouvoirs du syndic, d'introduire une requête en faillite dans la Partie où les biens sont situés, etc. Il tend dès lors à assurer la sauvegarde des intérêts des créanciers.

57. Le délai de deux mois constituant un moratoire est prolongé si, dans la Partie où le syndic veut agir, des requêtes en faillite ont été introduites. Dans ce cas, ce délai de deux mois est prolongé jusqu'à la date de rejet de ces requêtes. Si ces requêtes en faillite ne sont pas rejetées, l'on se trouve alors dans le cas prévu au paragraphe 1 de l'article 14.

58. La Convention habilite le syndic à introduire une requête en faillite dans la Partie où il veut agir.

Trois hypothèses peuvent se présenter:

– si la Partie dans laquelle le syndic veut agir n'a fait aucune réserve (article 40) et est liée par les chapitres II et III, la requête ne pourra porter que sur l'ouverture d'une faillite secondaire, par le jeu des articles 16 et 28;

– si la Partie dans laquelle le syndic veut agir a fait une réserve à l'application du chapitre II (article 40), la requête ne pourra également porter que sur une faillite secondaire, par le jeu des articles 16 et 28;

– si la Partie dans laquelle le syndic veut agir a fait une réserve à l'application du chapitre III (article 40), la requête portera sur l'ouverture d'une faillite ordinaire locale, les articles 16 et 28 n'étant pas applicables.

L'ouverture de la faillite demandée par le syndic sera régie par les conditions prévues par la loi de l'Etat où il agit.

59. Durant la période du moratoire de deux mois, seuls certains créanciers peuvent engager ou continuer des poursuites individuelles à l'égard des biens du débiteur. Il s'agit:

- des créanciers qui jouissent ou qui jouiraient d'un privilège en cas de faillite dans la Partie où le syndic entend exercer ses pouvoirs;
- des titulaires de créances de droit public;
- des titulaires d'une créance liée à l'exploitation d'un établissement du débiteur;
- des titulaires d'une créance résultant d'un emploi exercé dans cette Partie.

60. Par créancier jouissant d'un privilège, on entend tout créancier jouissant d'un droit de préférence, qu'il peut faire valoir soit en cas de mesures d'exécution individuelles, soit si une faillite était ouverte dans la Partie où le syndic veut agir.

61. Par créances de droit public, on entend les créances de droit public de la Partie sur le territoire de laquelle le syndic veut agir.

62. La portée de l'article 11, paragraphe 2, doit être appréciée en tenant compte des limitations que contient également l'article 14, paragraphe 2.

En vertu de cette dernière disposition, le syndic ne peut à aucun moment accomplir un acte au détriment d'une sûreté réelle ou d'un droit réel appartenant à des personnes autres que le débiteur, qui sont établies ou reconnues par la loi de la Partie dans laquelle le syndic agit.

Le titulaire de droits réels ou le créancier bénéficiant de sûretés réelles pourra dès lors également engager ou maintenir des poursuites individuelles durant le moratoire de deux mois.

63. Les poursuites individuelles comprennent la demande de mesures provisoires, l'action en justice et les procédures d'exécution.

64. Les créanciers énumérés ci-dessus bénéficient également d'un traitement de faveur dans le cadre du chapitre III relatif aux faillites secondaires.

Le comité d'experts a donc entendu réserver à ces créanciers un traitement préférentiel dans le cadre de la Convention.

65. A l'issue du délai comportant un moratoire, seul le syndic peut agir, sous réserve des autres dispositions de la Convention.

Les limitations apportées à l'exercice des pouvoirs du syndic peuvent toutefois se trouver écartées en tout ou en partie en raison de l'application de l'article 15.

Cette dernière disposition laisse en effet à chaque Partie la possibilité de permettre au syndic d'exercer des pouvoirs plus étendus que ceux qui sont prévus par la Convention, en particulier par l'article 11. Cependant, tout créancier qui, conformément à l'article 11, paragraphe 2, a entamé une poursuite individuelle avant l'expiration du moratoire de deux mois mais qui ne l'a pas menée à terme peut continuer à faire valoir sa créance par priorité sur le syndic.

Article 12 – Contestation des pouvoirs du syndic

66. L'article 12, paragraphe 1, indique la procédure à suivre en cas de contestation de l'exercice des pouvoirs du syndic pour quelque cause que ce soit.

67. Le comité n'a pas entendu donner au terme «contestation» un caractère procédural.

68. Cette contestation peut émaner du débiteur lui-même ou de tout tiers intéressé.

69. On peut citer deux exemples de situations dans lesquelles une telle contestation peut avoir lieu:

– une première hypothèse est celle où le syndic réclame une prestation à un débiteur du failli, et où ce débiteur ou le failli s'y oppose.

– une seconde hypothèse est celle où la contestation fait l'objet d'une action intentée par ou contre le syndic, ou d'une exception soulevée au cours d'une instance.

70. Dans ces hypothèses, le syndic peut demander au juge de confirmer qu'il exerce ses pouvoirs sans les outrepasser, selon la loi sur la faillite de la Partie dans laquelle il a été nommé, et conformément à la Convention.

71. L'autorité relative ou erga omnes de la constatation de la conformité des pouvoirs faite par le juge lors d'une action en contestation, au motif que le syndic dépasse les limites de ses pouvoirs ou ne les exerce pas en conformité avec la Convention, relève du droit de chaque Partie.

72. Le comité a exprimé le vœu que les Parties régleront de la façon la plus simple la procédure prévue par l'article 12.

73. L'article 12, paragraphe 2, met à la charge du syndic la preuve de l'étendue de ses pouvoirs.

A titre d'exemple, il a été cité la question de savoir si le syndic est habilité à aliéner seul ou s'il a besoin d'une autorisation préalable, sans préjuger pour autant du problème de la validité de l'acte accompli.

Article 13 – Effet libératoire des paiements et remises de biens

74. L'article 13 concerne les paiements et remises de biens faits au syndic, et tend à protéger celui qui traite avec le syndic contre les agissements des tiers ou même contre ceux du failli lorsque ce dernier peut encore recevoir des paiements ou remises de biens.

75. La bonne foi de celui qui effectue le paiement entre les mains du syndic ou lui remet des biens est présumée si l'opération est faite après la publicité ou au vu du certificat de nomination du syndic.

76. Cette disposition ne préjuge pas d'autres causes qui peuvent affecter la validité juridique de cet acte,

77. L'article 13 suppose que le syndic a le pouvoir de demander ou de recevoir le paiement ou la remise de biens.

78. Le paiement ou la remise de biens faits au débiteur après la publicité prévue à l'article 9 ne seront pas libératoires, à moins que la personne qui les a faits prouve qu'elle n'a pas eu connaissance de cette publicité.

Cette disposition ne porte pas atteinte au droit des créanciers visés à l'article 11, paragraphe 2, d'engager des poursuites individuelles contre le patrimoine (biens et droits) du débiteur pendant le moratoire de deux mois, ni au droit du débiteur de demander le paiement de ses créances envers des tiers.

Article 14 – Limitations à l'exercice des pouvoirs du syndic

79. L'article 14 fixe des limites à l'exercice des pouvoirs du syndic dans la Partie où il veut exercer ses pouvoirs, cela soit d'une manière générale, soit pour certains actes déterminés.

80. Les premières limites sont contenues dans le paragraphe 1 qui paralyse l'exercice des pouvoirs du syndic si une faillite, en vertu du droit interne ou sur la base d'un instrument international, est ouverte ou reconnue dans la Partie où le syndic agit.

En précisant que la disposition s'applique également dans le cas de reconnaissance d'une faillite étrangère, la Convention laisse aux conventions bilatérales et autres arrangements internationaux que les Parties pourraient avoir conclus, notamment avec des Etats non parties, la possibilité de continuer à donner à ceux-ci leur plein effet si une faillite avait été ouverte dans un de ces Etats et reconnue dans la Partie où le syndic agit.

81. Il en est de même dans le cas d'une procédure qui n'est pas destinée à ouvrir la faillite mais à la prévenir et qui entraîne l'arrêt des mesures individuelles d'exécution forcée.

En effet, dans le but de préserver l'emploi ou dans l'intérêt des créanciers, les législations de plusieurs Parties ont pris des mesures visant à permettre, grâce à certaines procédures de faillite ou autres, le redressement des entreprises. Ces procédures, qui ont l'effet suspensif d'une procédure de faillite en droit national, s'opposent à l'exercice des pouvoirs du syndic.

82. Cette disposition interdit au syndic d'accomplir quelque acte que ce soit postérieurement à l'ouverture d'une faillite ou d'une procédure préventive de faillite dans la Partie où il veut agir.

Il s'ensuit qu'un syndic qui aurait accompli des actes dans une Partie autre que celle d'ouverture de la faillite, alors qu'aucune procédure de faillite ou préventive à la faillite n'était ouverte dans cette Partie, pourra être empêché d'accomplir ultérieurement d'autres actes dès l'instant où dans ce même Etat l'on aurait également ouvert une procédure de faillite ou une procédure préventive de faillite.

83. Si l'application du premier paragraphe entraîne une limitation générale en empêchant toute action du syndic dans cette Partie, le deuxième paragraphe apporte des limitations à l'accomplissement de certains actes.

Les limitations prévues au paragraphe 2 sont établies dans l'intérêt des personnes et des créanciers résidant dans le pays dans lequel le syndic agit, ainsi que dans l'intérêt de l'ordre public de cette Partie.

84. Aux termes du paragraphe 2, alinéa a, le syndic qui agit dans une Partie autre que celle où la faillite a été ouverte voit ses droits primés par ceux que possèdent les titulaires de droits réels ou de sûretés réelles constitués sur les biens du failli.

85. La Convention ne définit pas les concepts de «droit réel» et de «sûreté réelle» qui, par conséquent, seront interprétés selon la législation de la Partie dans laquelle le syndic agit.

86. L'utilisation du terme «manifestement» à l'alinéa b indique qu'il se réfère à une notion restreinte d'ordre public.

87. Si, en violation des dispositions prévues sous les alinéas a et b, le syndic porte atteinte aux droits d'un tiers, celui-ci doit pouvoir intenter une action judiciaire contre le syndic dans la Partie où les biens sont situés. Il appartiendra à chaque Partie de déterminer le tribunal compétent.

88. Le présent chapitre laisse intact le droit pour le créancier ou le syndic de recourir aux règles prévues au chapitre III et celui d'introduire une requête en faillite secondaire, afin de sauvegarder les droits des créanciers en provoquant l'ouverture d'une procédure collective.

Article 15 – Extension des pouvoirs du syndic

89. La Convention ne prévoit qu'une norme minimale de coopération juridique. Une Partie, qui reconnaît une faillite ouverte par une juridiction ou une autorité compétente dans une autre Partie et qui donne plein effet à cette faillite vis-à-vis du débiteur, des débiteurs de ces derniers et de ses créanciers, ne sera pas tenue d'abroger, voire de ne pas introduire, des dispositions plus favorables à l'ensemble des créanciers en cas de faillite que celles prévues par la Convention. C'est ainsi que les Parties auraient par exemple la faculté de reconnaître les pouvoirs du syndic dès sa nomination, c'est-à-dire sans publication préalable et avant l'expiration de la période des deux mois prévue à l'article 11.

Chapitre III – Faillites secondaires

90. Le chapitre III contient des règles qui permettent l'ouverture d'une faillite secondaire dans une Partie sur la seule base d'une faillite principale ouverte par une juridiction ou une autorité compétente d'une autre Partie, contre le même débiteur et sans qu'il soit nécessaire de prouver l'insolvabilité de ce dernier dans cette autre Partie.

91. Une telle possibilité est destinée à donner satisfaction aux créances locales qui ont paru les plus dignes d'intérêt et à provoquer la liquidation équitable des biens sur le plan local, ce qui ne serait pas toujours le cas si le syndic étranger était autorisé à transférer à la faillite principale tous les biens du failli qui se trouvent dans une autre Partie.

92. La faillite secondaire a été conçue comme un système de compromis entre, d'une part, une procédure complète qui serait menée dans chaque Etat tout en étant coordonnée avec la faillite principale et, d'autre part, une procédure qui, après le désintéressement des seuls créanciers munis d'un droit de préférence, transférerait les actifs en surplus à la faillite principale en vue du désintéressement de tous les autres créanciers.

93. La Convention prévoit que seront désintéressés, dans le cadre de la faillite secondaire, les créanciers qui, dans le contexte politique et social actuel, présentent le plus d'intérêt pour un Etat: il s'agit des créanciers bénéficiant d'un droit de préférence (privilège ou sûreté), des créanciers de droit public (trésor public, sécurité sociale) et des créanciers qui présentent un lien avec l'exploitation d'un établissement du débiteur ou avec un emploi au service du débiteur. Il s'agit notamment, dans cette dernière catégorie, des travailleurs.

94. Ce n'est qu'après désintéressement de ces créanciers qui ont paru les plus dignes d'intérêt que tout surplus de l'actif sera transféré à la faillite principale.

95. Afin de respecter la spécificité des règles de liquidation collective dans chaque Partie, la Convention laisse les faillites secondaires régies par la loi du for en matière de faillite et n'apporte d'exception à un tel principe que lorsque cela paraît indispensable pour le bon fonctionnement de la Convention.

96. La faillite secondaire peut être ouverte non seulement à la demande du syndic, mais aussi à l'initiative de toute autre personne physique ou morale habilitée à demander l'ouverture d'une faillite en vertu de la législation en vigueur dans ce pays.

97. La faillite secondaire se caractérise par un lien juridique avec la faillite principale. C'est ce lien que les auteurs de la Convention ont voulu mettre en évidence, en choisissant le terme «secondaire» de préférence à «satellite» ou «parallèle».

Article 16 – Faillite secondaire

98. Cet article établit qu'une faillite – appelée secondaire – peut être ouverte dans toute autre Partie du seul fait de l'existence d'une faillite considérée comme principale dans une Partie où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux (article 4, paragraphe 1).

Il n'est pas nécessaire d'établir l'insolvabilité du débiteur sur le plan local. Toutefois, deux conditions sont requises pour que la faillite soit prononcée en tant que faillite secondaire.

99. Il faut que la décision d'ouverture de la faillite principale produise ses effets dans la Partie où elle a été rendue, ce qui ne veut pas dire qu'elle doit être définitive, mais qu'elle doit avoir été rendue par une juridiction ou une autorité compétente selon l'article 4, paragraphe 1, et doit comporter les effets prévus par la législation de cette Partie en la matière, tels que le dessaisissement du failli, le transfert des pouvoirs du failli au syndic, la suspension de poursuites fondées sur certaines créances individuelles et le commencement de toute la procédure de liquidation.

100. Il en résulte par exemple que les nouvelles règles instituées en France par la loi du 25 janvier 1985 ne permettent pas d'assimiler la procédure de «redressement judiciaire» à une faillite principale. Une telle procédure, en effet, n'entraîne pas automatiquement le dessaisissement du débiteur, contrairement à la «liquidation judiciaire» organisée par cette même loi.

101. Il faut en outre que, dans la Partie où l'on veut ouvrir une faillite secondaire, une faillite n'ait pas déjà été prononcée à l'égard du débiteur ou qu'une procédure préventive de faillite à l'égard de celui-ci n'ait pas été introduite. Le caractère préventif de la procédure doit être apprécié en se référant à la loi régissant cette procédure.

102. Par ailleurs, ainsi qu'il est expliqué à l'article 18, l'ouverture d'une faillite secondaire n'intervient pas automatiquement suite à l'ouverture d'une faillite principale.

Article 17 – Compétence internationale

103. Puisque l'article 4 contient des dispositions sur la compétence indirecte, le chapitre III, en l'absence d'une disposition spécifique, serait inapplicable dans les Parties qui retiennent exclusivement comme lieu de juridiction de la faillite le domicile ou le lieu du principal établissement du débiteur, ou des critères analogues. En conséquence, l'article 17 établit un système harmonisé minimal de compétence directe pour l'ouverture de faillites secondaires, fondée sur la présence d'un établissement ou de biens du débiteur. Cette règle ne fait pas obstacle à l'application de la loi nationale qui prévoit une compétence plus large.

Article 18 – Ouverture de la faillite secondaire

104. Cet article précise qui peut demander l'ouverture de la faillite secondaire et ce qu'il doit produire à cette fin.

Il y est précisé que l'existence de la faillite principale est prouvée par la production de la décision.

105. Le droit de demander l'ouverture d'une faillite secondaire appartient au syndic de la faillite principale, qui peut avoir intérêt à ajouter, à la masse de la faillite principale, le produit de la liquidation qui sera opérée dans le cadre de la faillite secondaire.

Ce droit appartient aussi aux personnes ou organes autorisés, en vertu de la loi nationale sur la faillite, à demander l'ouverture d'une procédure de faillite. Les Parties ne sont pas fondées à retirer ce droit aux personnes autorisées, en vertu de leur loi nationale, à demander l'ouverture d'une procédure régulière de faillite. Ces personnes ou organes peuvent être:

- le débiteur;
- les créanciers (privés ou publics);
- le ministère public;
- les personnes ou organes d'office (le tribunal, par exemple), etc.

106. Sans l'intervention effective des personnes ou organes cités ci-dessus, la faillite secondaire ne pourra pas être ouverte, c'est-à-dire que l'ouverture de la faillite secondaire ne découle pas automatiquement de l'existence d'une faillite principale dans une autre Partie.

Article 19 – Loi applicable

107. Selon l'article 19, la faillite secondaire est régie par la loi nationale en matière de faillite de la Partie où elle est ouverte, sauf disposition différente de la Convention.

108. La loi applicable à la faillite secondaire détermine qui supportera les frais de celle-ci. Certaines législations mettent à la charge du demandeur les frais de la procédure, si l'actif ne couvre pas ceux-ci; d'autres exigent le dépôt d'une provision pour couvrir les frais; ces dispositions seront appliquées selon le cas.

109. La loi applicable à la faillite secondaire est celle de la loi du for. Il est impossible d'énumérer toutes les questions qui sont réglées par la loi nationale, mais à titre d'exemple on pourrait citer:

- la compétence locale du tribunal;
- les formalités;
- les effets de la faillite sur les contrats en cours;
- la clause de réserve de propriété;
- la procédure;
- les règles concernant les privilèges;
- les frais;
- les dettes alimentaires du failli;
- les avis et publications;
- les poursuites et voies d'exécution individuelles;
- la production des créances;
- l'opposabilité des décisions;
- les conditions de la vérification et de l'admission des créances privilégiées et/ou chirographaires;
- la poursuite de l'activité;
- la répartition des biens, etc., dans la mesure où la loi nationale de la faillite les règle.

110. Le seul fait de l'existence de la faillite principale est un motif suffisant pour demander l'ouverture de la faillite secondaire; par la suite, en vertu du lien qui lie la faillite secondaire à la faillite principale, certaines règles sont imposées par la Convention, telles que l'information réciproque des syndics ou le transfert des biens restant après le désintéressement des créanciers visés à l'article 21.

Article 20 – Production des créances

111. Cet article dispose que toute créance peut être produite à la faillite secondaire. Une copie de la déclaration de toutes les créances produites sera communiquée au syndic de la faillite principale.

Cette communication vaut production, sous réserve des formalités qui sont à respecter dans l'autre Partie, pour qu'il y ait production valable d'une créance. Si la loi de la Partie où la faillite a été ouverte prescrit des conditions ou des formalités pour la production des créances, l'application de la présente Convention ne dispense pas de ces formalités ou du respect de ces conditions. Puisque l'article ne concerne que les formalités, il va de soi que, si la loi de la Partie où la faillite principale est ouverte ne permet pas la production des créances de ce genre, de telles créances ne peuvent être admises pour paiement.

Article 21 – Désintéressement des créanciers

112. Cet article 21 indique quelles créances seront satisfaites après leur vérification et leur admission dans la faillite secondaire, par le produit de la liquidation des actifs. Il s'agit, à titre d'exemple:

- des créances privilégiées;
- des créances assorties de sûretés réelles;
- des créances de droit public, telles que créances fiscales, créances sociales, amendes administratives, amendes pénales;
- des créances liées au fonctionnement ou à l'activité d'un établissement du failli dans la Partie, sur le territoire de laquelle la faillite secondaire est ouverte;
- des créances résultant de l'emploi d'une personne sur le territoire de la Partie où la faillite secondaire est ouverte.

Les créances autres que celles mentionnées à l'article 21 seront satisfaites dans le cadre de la faillite principale, sur les actifs de celle-ci, auxquels auront été ajoutés éventuellement les actifs en surplus provenant de la faillite secondaire ainsi que le prévoit l'article 22.

Article 22 – Transfert du surplus de l'actif

113. Selon cet article, le syndic de la faillite secondaire fait transférer l'actif de cette faillite qui reste après le paiement des créances mentionnées à l'article précédent.

114. Le transfert vise non seulement un transfert de numéraire, mais aussi, le cas échéant, de biens.

115. Par «transfert», le comité d'experts entend une simple opération administrative dans le cadre de la gestion de la faillite.

Article 23 – Créances nées après l'ouverture de la faillite principale

116. Etant donné que la faillite secondaire peut être ouverte alors que la faillite principale l'était déjà depuis un laps de temps plus ou moins long, il n'est pas exclu que soient produites à la faillite secondaire des créances nées avant l'ouverture de cette faillite, mais après l'ouverture de la faillite principale. Ces créances, qui auront été communiquées au syndic de la faillite principale conformément à l'article 20 et qui n'auraient pas été satisfaites en tout ou en partie dans le cadre de la faillite secondaire, ne peuvent être écartées de la faillite principale pour le seul motif de leur naissance tardive. C'est l'objet de la règle énoncée à l'article 23, paragraphe 1.

Sans une disposition spéciale, de tels créanciers ne seraient pas en droit de participer à la faillite principale et d'en recevoir un dividende.

117. Il a paru toutefois justifié de limiter les possibilités de désintéressement des titulaires de ces créances aux seuls actifs provenant du surplus de la faillite secondaire.

Article 24 – Égalité des créanciers

118. Cet article consacre le principe de l'égalité, dans la faillite principale, entre tous les créanciers qui demandent paiement sur la part de l'actif transféré de la faillite secondaire. Les privilèges ou sûretés réelles existant en vertu de la loi nationale applicable à la faillite principale ne sont donc plus pris en considération pour les paiements pouvant être fait sur l'actif provenant de la faillite secondaire.

119. Il s'ensuit qu'une distinction doit être faite entre, d'une part, les actifs réunis dans la faillite principale et, d'autre part, les actifs provenant du surplus de la liquidation de la ou des faillites secondaires.

120. Les actifs de la faillite principale serviront à désintéresser tous les créanciers à l'exception des titulaires des créances visées à l'article 23, paragraphe 1. Le concours entre les créanciers s'opérera dans le respect des privilèges et autres causes de préférence établis ou reconnus par la loi régissant la faillite principale.

121. Les actifs provenant du surplus de la ou des faillites secondaires après paiement des créances serviront à désintéresser tous les créanciers, y compris les titulaires des créances visées à l'article 23, paragraphe 1, qui ne pourront prétendre à un dividende que sur le surplus des actifs de la faillite secondaire où ils ont produit initialement leur créance. Le concours entre les créanciers s'opérera sur un pied d'égalité, nonobstant tout privilège ou cause de préférence.

122. Les exemples suivants illustrent l'application des articles 21 à 24.

Hypothèse:

Faillite principale (F.P.): actifs: 100 000 000
Faillite secondaire (F.S.): actifs: 10 000 000
Surplus des actifs de la F.S. transféré à la F.P. (S.A.T.): 1 000 000
Montant de la créance produite: 1 000

123. *Premier cas*

A. La créance est produite à la F.S.

B. Cette créance est une créance chirographaire autre que les créances visées à l'article 21.

C. Cette créance est satisfaite:

– sur les actifs de la F.P. après les créances assorties de privilèges ou d'autres droits de préférence; et

– sur les actifs du S.A.T., sur pied d'égalité avec les autres créanciers (répartition au marc le franc).

124. *Deuxième cas*

A. La créance est produite à la F.S.

B. Cette créance est privilégiée sans limitation.

C. Cette créance est satisfaite:

- sur les actifs de la F.S., et, pour la partie non satisfaite,
- sur les actifs de la F.P. comme créance privilégiée si le privilège est reconnu par la F.P., ou comme créance chirographaire s'il n'est pas reconnu.
- pas de S.A.T. (les actifs de la F.S. étaient insuffisants pour satisfaire les créances correspondantes).

125. *Troisième cas*

A. La créance est produite à la F.S.

B. Cette créance est privilégiée pour 500.

C. Cette créance est satisfaite:

- sur les actifs de la F.S. pour 500, et, pour le surplus (500);
- sur les actifs de la F.P. comme créance chirographaire;
- sur le S.A.T. sur pied d'égalité avec les autres créanciers.

126. *Quatrième cas*

A. La créance est produite à la F.S.

B. Cette créance est une créance liée au fonctionnement ou à l'activité de l'entreprise.

C. Cette créance est satisfaite:

- sur les actifs de la F.S. et, pour la partie non satisfaite,
- sur les actifs de la F.P.
- pas de S.A.T. (les actifs de la F.S. étaient insuffisants pour satisfaire les créances correspondantes).

127. *Cinquième cas*

A. La créance est produite à la F.S.

B. Cette créance est une créance autre qu'une des créances visées à l'article 21 et est née après l'ouverture de la F.P. mais avant l'ouverture de la F.S.

C. Cette créance est satisfaite:

- sur le S.A.T. sur pied d'égalité avec les autres créanciers.

128. *Sixième cas*

- A. La créance est produite à la F.P.
- B. Cette créance est chirographaire.
- C. Cette créance est satisfaite:
 - sur les actifs de la F.P.;
 - sur le S.A.T. sur pied d'égalité avec tous autres créanciers.

129. *Septième cas*

- A. La créance est produite à la F.P.
- B. Cette créance est privilégiée.
- C. Cette créance est satisfaite:
 - sur les actifs de la F.P. à son rang;
 - sur le S.A.T. sur pied d'égalité avec les autres créanciers.

130. *Huitième cas*

- A. La créance est produite à la F.P.
- B. Cette créance est une créance de droit public.
- C. Cette créance est satisfaite:
 - sur les actifs de la F.P. à son rang si elle est privilégiée;
 - sur le S.A.T. sur pied d'égalité avec les autres créanciers.

131. *Neuvième cas*

- A. La créance est produite à la F.P. et à la F.S.
- B. Cette créance est privilégiée dans la F.P. et dans la F.S.
- C. Cette créance est satisfaite:
 - sur les actifs de la F.S. à son rang;
 - sur les actifs de la F.P. à son rang;
 - sur le S.A.T. sur un pied d'égalité avec les autres créanciers (l'article 5 doit permettre d'éviter les doubles paiements).

132. Ces exemples seront mis en œuvre en faisant en outre application de la règle de l'article 5 : le créancier partiellement désintéressé dans la F.S., et qui a vocation à être satisfait dans la F.P., ne peut recevoir de paiement dans la F.P. tant que le dividende attribué aux autres créanciers ayant le même rang selon la loi qui s'applique à la F.P. est inférieur au dividende qu'il a obtenu. Par «dividende» l'on entend la partie de la créance payée (par exemple 30 % de la créance originelle).

133. Les cas cités font abstraction de l'adoption d'un concordat dans la F.S. Lorsqu'un tel concordat est prévu par l'article 27, celui-ci ne peut viser que les créanciers qui ont le droit d'être payés dans la faillite secondaire conformément à l'article 21 ; dans la mesure où leurs créances ne sont pas satisfaites dans le concordat, l'application des articles 5 et 24 n'est pas affectée.

134. La mise en œuvre de l'article 24 doit être faite dans le respect des principes relatifs à l'égalité des créanciers énoncés à l'article 5.

Article 25 – Devoir d'information

135. Dès lors qu'on admet un lien juridique entre les deux faillites, il va de soi qu'il faut assurer une coordination entre les deux procédures. Ceci est impossible si le syndic n'est pas informé du déroulement de la procédure dans l'autre faillite. Pour cette raison, et partant du principe que le syndic de la faillite principale doit être en mesure d'avoir une vue d'ensemble de l'actif et du passif du failli, les auteurs de la Convention ont érigé cette information mutuelle en une règle positive, qui doit participer aux efforts pour assurer l'égalité des créanciers.

136. Les informations qui devraient être échangées pourraient être par exemple:

- les productions de créances;
- les privilèges et sûretés;
- l'actif;
- les créances contestées ou incertaines;
- la gestion de la faillite;
- les propositions de concordat;
- les projets de répartition de l'actif;
- la continuation de l'activité de l'entreprise;
- les concordats;
- l'état des vérifications des créances;
- tout renseignement utile concernant la fin de la procédure.

Article 26 – Fin de la faillite secondaire

137. En raison du caractère accessoire de la faillite secondaire au regard de la faillite principale, la clôture de la faillite secondaire ne peut être prononcée qu'après l'avis du syndic de la faillite principale; cet avis peut ne pas être favorable, mais un avis doit être sollicité et reçu, ou un délai raisonnable doit avoir été donné au syndic de la faillite principale pour communiquer son avis avant de mettre fin à la faillite secondaire. Le caractère raisonnable s'appréciera dans chaque cas en fonction des données matérielles. Cette règle a été prévue dans le souci de respecter l'intérêt que portent les créanciers de la faillite principale au sort de la faillite secondaire.

138. Il va de soi que si la faillite principale prend fin par annulation, révocation ou autre décision analogue, la faillite secondaire n'a plus de cause. Le sort de la procédure en cours est régi par la loi nationale de cette procédure qui déterminera notamment s'il y a lieu ou non de la poursuivre comme faillite ordinaire ou si elle disparaît.

Article 27 – Concordat dans la faillite secondaire

139. L'article 27 ne crée pas lui-même ni n'oblige les Parties à prévoir la possibilité de mettre fin à la faillite secondaire par un concordat. Toutefois, si la loi nationale prévoit cette possibilité, l'article 27 impose les deux conditions restrictives suivantes:

- a. la loi nationale de la faillite secondaire prévoit spécialement la possibilité d'un concordat propre aux faillites secondaires, ce qui présuppose que la faillite secondaire ait été introduite en tant qu'institution dans la loi interne; et
- b. un avis favorable du syndic de la faillite principale a été émis sur le contenu du concordat. Ceci est logique, vu les incidences d'un tel concordat sur l'actif de la faillite principale.

140. Toutefois, une règle a été prévue pour éviter des refus injustifiés. Le refus d'avis favorable n'est pas pris en considération si le concordat de la faillite secondaire ne nuit pas aux créanciers de la faillite principale.

Cette condition est remplie notamment si le surplus de l'actif de la faillite secondaire transféré à la faillite principale, à la suite du concordat, est au moins égal au surplus qui aurait été transféré après désintéressement des créanciers visés à l'article 21.

Dans un tel cas, la position financière des créanciers de la faillite principale ne se trouve pas affectée par le concordat.

141. L'absence d'avis du syndic peut être équivalent au-delà d'un certain délai raisonnable à un refus d'avis favorable. Pour la notion de délai raisonnable, voir le paragraphe 137 ci-dessus.

142. Le concordat dans la faillite secondaire ne concerne que les créanciers appelés à être désintéressés dans le cadre de cette faillite. Il s'agit donc des créanciers visés à l'article 21. Seuls ces créanciers, ou certains d'entre eux, pourront être invités à voter des propositions concordataires selon les règles prévues par la loi régissant la faillite secondaire.

Article 28 – Pluralité des faillites

143. L'article 28 délimite les faillites qui relèveront de l'application de l'article 16. Il s'agit des faillites ouvertes postérieurement à la faillite ouverte par une juridiction ou une autorité compétente en vertu de l'article 4, paragraphe 1. Il s'ensuit que toute faillite ouverte après la faillite principale est une faillite secondaire.

144. Toutefois, les faillites antérieures à la faillite principale n'échappent pas complètement aux dispositions du chapitre III. Le syndic de la faillite principale pourra demander le transfert du surplus des actifs après la liquidation de cette faillite, et surtout des informations sur le déroulement de la procédure.

Chapitre IV – Information des créanciers et production de leurs créances

145. Le chapitre IV tend à éviter que les créanciers résidant à l'étranger ne se trouvent de ce fait dans une situation moins favorable que les autres.

146. A cet effet, les créanciers résidant dans d'autres Parties doivent être avertis de l'ouverture d'une procédure collective.

147. Il a été relevé que, dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, les créanciers résidant dans un autre Etat membre ont généralement le droit de produire leurs créances dans une procédure de faillite étrangère, sous réserve de certaines limitations justifiées par l'ordre public.

148. Ce chapitre concerne donc deux questions d'ordre pratique: l'information des créanciers étrangers et certaines règles concernant la production des créances eu égard aux formalités et exigences linguistiques différentes d'un pays à l'autre.

Article 29 – Champ d'application du chapitre IV

149. Cet article étend le champ d'application du chapitre IV aux procédures collectives fondées sur l'insolvabilité et qui entraînent la désignation d'un syndic, mais, contrairement à l'article 1, paragraphe 1, il n'est pas nécessaire que le débiteur soit dessaisi ou que la procédure entraîne la liquidation des biens. Ces procédures figurent à l'annexe A, à la lettre c.

150. Le domaine d'application du chapitre IV est plus vaste que celui des chapitres II et III.

151. Le chapitre IV concerne les procédures qui ont comme origine l'insolvabilité du débiteur, qui peuvent aboutir à une liquidation de ses biens ou au redressement de l'entreprise et qui impliquent une production des créances. Ces procédures n'entraînent pas toujours une liquidation.

Article 30 – Obligation d'informer les créanciers

152. L'article 30 impose le devoir d'informer les créanciers étrangers en cas d'ouverture d'une procédure de faillite dans une Partie.

153. Il y a lieu de noter également que l'information visée par cet article est obligatoire seulement au moment de l'ouverture de la procédure. L'article 30 ne porte pas atteinte au devoir d'information prévu par l'article 25.

154. Il conviendrait que, si les créanciers résidant dans la Partie où une procédure est ouverte en sont informés directement et individuellement à une date ultérieure, les créanciers résidant dans les autres Parties soient informés à cette même date.

155. La question s'est posée de savoir si l'information prévue par l'article 30 doit être fournie même lorsque l'Etat de l'actif est tel qu'il ne justifie pas la production de créances et donc des dépenses pour informer les créanciers. Il a été estimé qu'une telle information doit être donnée même dans ce cas, pour des raisons telles que:

- le créancier étranger peut avoir intérêt à connaître la faillite de son débiteur, même s'il n'espère pas pouvoir recouvrer sa créance en tout ou en partie;
- le créancier étranger peut avoir intérêt à produire sa créance afin d'interrompre la prescription;
- faute d'information, il y aurait discrimination entre le créancier étranger et le créancier national qui lui, pourrait être informé de la faillite grâce aux publications officielles;
- dans certains pays, il est difficile, dès l'ouverture d'une procédure, de savoir s'il existe ou non un actif.

156. Le paragraphe 2 a trait au contenu des informations à fournir aux créanciers étrangers.

157. La solution consistant à rédiger une note uniforme à utiliser par toutes les Parties a été écartée, de sorte que le paragraphe se limite à indiquer certaines données que doit obligatoirement contenir la note d'information, la formulation de celle-ci étant laissée à la libre appréciation du rédacteur. Celui-ci pourra, par exemple, donner des indications quant à la monnaie dans laquelle la créance doit être exprimée ou quant aux délais dans lesquels elle doit être produite. Ainsi, on pourra éventuellement exiger que le montant de la créance soit indiqué dans la monnaie de la Partie où la procédure a été ouverte.

Article 31 – Production des créances

158. L'article 31 énonce des conditions de production des créances de la part des créanciers étrangers.

159. Bien que l'article utilise la notion de «résidence», une telle notion n'est pas définie dans la Convention. Toutefois, celle-ci est utilisée par de nombreux instruments internationaux et est conçue traditionnellement comme indiquant un lieu de fait, à savoir un séjour prolongé dans un autre pays, plutôt qu'une notion juridique.

160. Aucune forme spéciale n'est requise. Il suffit d'informer l'autorité ou le syndic mentionnés à l'article 31, par n'importe quel moyen écrit; une simple lettre, un télex, un télégramme, ou tout autre écrit suffit; la seule condition exigée est un moyen écrit, sans tenir compte des règles éventuelles de la loi du for quant aux conditions de validité des actes sous seing privé.

161. A ce sujet, il a été observé que la solution contenue dans cet article aurait pour résultat que dans certains pays les créanciers étrangers seraient dans une situation plus favorable que les nationaux lorsque ceux-ci doivent produire leurs créances par l'intermédiaire d'un avocat.

162. Le but de cet article est de permettre aux créanciers d'adresser selon une forme simplifiée à l'autorité ou à la personne qui, aux termes de l'article 31, lui aura transmis une note d'information, tous éléments nécessaires à la production de sa créance.

163. L'article n'affecte en rien les problèmes de fond qui sont régis par la loi applicable. Ainsi, par exemple, les questions du caractère privilégié ou non des créances et de la nature des actes de procédure à accomplir (par exemple, élection de domicile) à la suite de l'ouverture de la faillite ne sont pas réglées par la Convention.

Article 32 – Langues

164. L'article 32 concerne la langue dans laquelle pourront être rédigées la note d'information et la lettre de production des créances.

Le principe retenu prévoit que la langue sera celle du rédacteur. Cependant, si cette langue n'est pas celle du destinataire, une traduction en français ou en anglais devra nécessairement accompagner la note ou la lettre.

165. En vue de tenir compte des difficultés que pourrait créer dans certaines Parties l'usage d'une langue étrangère pour les pièces de procédures judiciaires, la faculté de prévoir une autre langue, à l'instar de l'article 13 de l'Accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire, a été laissée aux Parties par l'article 32, paragraphe 2.

166. Le comité a exprimé l'avis que les pièces justificatives pourront figurer en photocopie, et donc en langue originale. Il appartiendra au juge ou au syndic d'apprécier s'il lui faut une traduction.

167. L'article 39 permet aux Parties de déroger aux dispositions de l'article 32 sur les langues.

Chapitre V – Dispositions finales

Articles 33 à 43

168. D'une manière générale, ces dispositions suivent le modèle de clauses finales mis au point par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pour les conventions et accords élaborés au sein de l'Organisation.

Article 36 – Annexes

169. Cet article contient les dispositions pour faire figurer les renseignements nécessaires dans les annexes:

- A. concernant les procédures entrant dans le champ d'application de la Convention; voir l'article 1, paragraphe 1 ;
- B. concernant les personnes ou organes à considérer comme syndic; voir l'article 1, paragraphe 3.

Article 38 – Conventions et arrangements internationaux

170. Le terme «conventions internationales» comprend également d'autres arrangements internationaux (voir le paragraphe 80) tels que ceux existant entre les pays nordiques. En outre, ce terme peut englober les normes édictées par la CEE ainsi que les dispositions de droit interne des Etats membres de la CEE donnant effet à ces normes.

Article 39 – Déclaration sur l'usage des langues

171. La note d'information à envoyer à l'étranger par le syndic et la production des créances auprès d'une faillite étrangère soulèvent des questions d'emploi de langues. Si l'article 32 énonce pour les deux cas une règle de principe, il est toutefois loisible aux Parties d'en décider autrement. Cette faculté est prévue par cet article 39, qui ouvre la possibilité pour une Partie de déclarer que la note ou l'écrit contenant la production de la créance seront rédigés exclusivement dans sa langue ou dans une de ses langues officielles.

Article 40 – Réserves

172. Aucune autre réserve n'est admise que celle prévue par le premier paragraphe de l'article 40, c'est-à-dire de ne pas appliquer le chapitre II ou le chapitre III. Un tel choix est laissé par la Convention pour permettre aux Parties de ratifier la Convention, tout en tenant compte de l'importance qu'elles attachent aux principes de l'unité ou de la territorialité. Le retrait des éventuelles réserves sera de nature à contribuer à un progrès vers l'union européenne dans ce domaine.

173. Le paragraphe 2 de cet article stipule toutefois qu'une Partie qui déclarerait qu'elle n'appliquera pas le chapitre III (faillites secondaires) devra néanmoins appliquer:

- l'article 20, paragraphe 2, sur la validité de la production des créances dans la faillite secondaire;
- l'article 23 sur les créances nées après l'ouverture de la faillite principale;
- l'article 24 sur l'égalité des créanciers.

Toutefois, une Partie peut déclarer qu'elle n'appliquera pas non plus ces trois articles. Dans ce cas, toute autre Partie, où une faillite secondaire est ouverte, ne sera pas tenue d'appliquer l'article 21 sur le désintéressement des créanciers; elle pourra désintéresser tous les créanciers grâce au produit découlant de la faillite secondaire.

Article 41 – Mise en œuvre de la Convention

174. Le comité d'experts est conscient que la mise en œuvre de la Convention posera des problèmes. D'une part, la Convention traite déjà d'une matière difficile; la disparité des droits nationaux augmente cette difficulté: les options et réserves prévues par la Convention prouvent qu'il est difficile de mettre en œuvre un mécanisme qui réponde aux nécessités de la vie économique européenne. D'autre part, le compromis intervenu peut déjà être utilisé par plusieurs Etats membres alors que d'autres pourraient se trouver devant des difficultés d'ordre interne et ne pas encore être prêts à appliquer la Convention ou rencontrer certains problèmes qui pourraient être résolus en consultation avec les Etats membres, parties ou non à la Convention.

Afin de créer la possibilité d'une concertation facile pour résoudre ces problèmes ou pour adapter la Convention à une économie très évolutive, le comité d'experts a inséré cet article qui prévoit une procédure facile et rapide.