



Assemblée générale

Distr.: Limitée
26 septembre 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail VI (Sûretés)

Deuxième session

Vienne, 17-20 décembre 2002

Première session conjointe des Groupes
de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés)

Vienne, 16 et 17 décembre 2002

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Rapport du Secrétaire général

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IX. Insolvabilité	1-53	2
A. Remarques générales	1-45	2
1. Introduction	1-5	2
2. Objectifs principaux	6-8	3
3. Les sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité	9-45	4
a. Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité	9-15	4
b. Restrictions à la réalisation des sûretés	16-22	6
c. Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité. ...	23-24	8
d. Validité des sûretés et actions en annulation	25	8
e. Ordre de priorité des sûretés	26-28	9
f. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	29-35	10
g. Procédures de redressement.	36-41	11
h. Procédures de redressement accélérées	42-45	13
B. Résumé et recommandations.	46-53	14



IX. Insolvabilité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Le présent chapitre est consacré aux effets d'une procédure d'insolvabilité sur les droits de réalisation du créancier garanti. Il doit être lu parallèlement au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, qui porte sur les questions abordées ici dans le contexte plus large du droit de l'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.V/WP.63 et Additif). Les questions de conflit de lois que soulèvent les sûretés dans la procédure d'insolvabilité sont examinées au chapitre X.

2. Les lois sur les opérations garanties et les lois sur l'insolvabilité ont des préoccupations et des objectifs qui se recoupent. Les unes comme les autres portent sur les relations entre débiteurs et créanciers et encouragent les débiteurs à faire preuve de discipline en matière de crédit. Si les régimes d'insolvabilité ont généralement des objectifs supplémentaires, tels que la préservation des entreprises viables en difficulté financière temporaire, ils ont avec les régimes d'opérations garanties un objectif commun, à savoir la protection de la valeur économique des sûretés. L'existence d'une réglementation efficace dans l'un de ces domaines contribuera à l'obtention de résultats positifs dans l'autre. Par exemple, une loi sur les opérations garanties peut accroître l'offre du crédit, et donc faciliter l'exploitation d'une entreprise et éviter l'insolvabilité. Elle peut aussi favoriser un comportement responsable de la part des créanciers et des débiteurs en faisant obligation aux premiers de surveiller l'aptitude des seconds à s'acquitter de leurs obligations, de manière à décourager le surendettement et l'insolvabilité qui peut en résulter. En outre, une loi sur les opérations garanties qui prévoit l'inscription des sûretés sur un registre public permettra plus facilement à un administrateur de l'insolvabilité de déterminer rapidement la situation juridique des créanciers soutenant que des obligations qui leur sont dues sont garanties.

3. Il y a cependant des tensions au lieu d'intersection des lois sur les opérations garanties et des lois sur l'insolvabilité, en raison des approches différentes adoptées à l'égard de l'acquittement des dettes ou de l'exécution d'autres obligations. Un régime d'opérations garanties a pour but de faire en sorte que la valeur des biens grevés protège le créancier garanti lorsque les obligations contractées envers lui ne sont pas satisfaites, alors qu'un régime d'insolvabilité vise les situations dans lesquelles les obligations à l'égard de tous les créanciers ne peuvent être satisfaites. De plus, le premier est axé sur les droits de réalisation effectifs de créanciers déterminés en vue de maximiser la probabilité que les obligations seront exécutées ou que leur valeur économique sera réalisée, alors que le second vise à obtenir le maximum pour l'ensemble des créanciers, en empêchant entre ces derniers une course de vitesse pour faire exécuter individuellement leurs droits contre leur débiteur commun. Il faut que le législateur prenne en compte ces tensions, car l'évolution ou la réforme d'un régime peuvent imposer aux parties prenantes de l'autre régime des coûts imprévus afférents aux opérations et au respect de la réglementation. C'est pourquoi il est nécessaire que chaque pays, au cours du processus de réforme de sa législation, repère les conflits entre les droits et les obligations prévus par les régimes régissant respectivement les opérations garanties et l'insolvabilité.

4. Les régimes d'insolvabilité prévoient généralement deux types principaux de procédure: la liquidation (qui consiste à mettre fin à l'activité commerciale du débiteur insolvable, puis à réaliser et distribuer ses biens) et le redressement (qui vise à maximiser la valeur des biens et à servir au mieux les intérêts des créanciers, en sauvant une entreprise au lieu de mettre fin à son activité). Dans une procédure de liquidation, le représentant de l'insolvabilité est chargé de rassembler les biens du débiteur insolvable, de les vendre ou d'en disposer selon d'autres modalités, et de distribuer le produit aux créanciers. Pour maximiser la valeur de liquidation de ces biens, les poursuites des différents créanciers contre le débiteur sont généralement arrêtées dans un premier temps et le représentant de l'insolvabilité peut continuer l'entreprise du débiteur pendant une courte période et la céder en totalité à un repreneur au lieu de vendre séparément ses différents éléments. Dans une procédure de redressement, en revanche, l'objectif est la continuation de l'entreprise du débiteur en tant qu'entreprise viable, si cela est possible économiquement. La plupart des lois sur l'insolvabilité prévoyant une procédure de redressement partent du principe que la valeur de l'entreprise du débiteur insolvable, une fois redressée, permettra plus aux créanciers de récupérer davantage que si ses différents actifs étaient liquidés. Autrement dit, un redressement réussi dégagera pour les créanciers l'excédent de la valeur de l'entreprise poursuivant ses activités sur sa valeur de liquidation (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12).

5. En complément de la procédure de redressement apparaissent des procédures accélérées qui encouragent la confirmation judiciaire rapide, dans une procédure de redressement formelle, d'un accord conclu par les principaux créanciers ou catégories de créanciers avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (par exemple redressement portant uniquement sur certaines catégories de dettes, telles que les dettes financières). Ces procédures accélérées répondent à la nécessité de favoriser la stabilité économique grâce à un règlement rapide des créances des établissements financiers et réduisent le coût et la durée de la procédure de redressement (voir par. 42 à 45).

2. Objectifs principaux

6. Les législateurs qui révisent les lois existantes sur les sûretés ou introduisent un nouveau régime d'opérations garanties devraient harmoniser la législation proposée avec les lois existantes ou proposées sur l'insolvabilité. Pour mettre en œuvre des politiques économiques et sociales générales (par exemple protéger les salariés ou préserver les marchés d'approvisionnement), un régime d'insolvabilité peut adopter des règles qui modifient les droits des créanciers garantis. Cela est particulièrement notable dans les régimes qui prévoient une procédure de redressement. Par exemple, les lois sur l'insolvabilité qui prévoient le redressement de l'entreprise d'un débiteur insolvable permettent souvent au représentant de l'insolvabilité de continuer d'utiliser les biens grevés de cette entreprise. Les créanciers garantis, pour lesquels il en résulte une limitation potentielle de leur droit de réaliser leur sûreté, en tiennent compte lorsqu'ils décident d'accorder un crédit. Autrement dit, les modifications de ce droit ont un coût, qui est la réduction des avantages économiques d'un régime d'opérations garanties efficace. C'est pourquoi, toutes modifications devraient être fondées sur des politiques bien définies et être énoncées de manière claire et prévisible dans la loi sur l'insolvabilité.

7. En règle générale, une procédure d'insolvabilité devrait reconnaître la validité et la priorité relative d'une sûreté. Si une sûreté est valable en dehors de la procédure d'insolvabilité de manière à être opposable aux tiers, sa validité devrait être reconnue dans la procédure d'insolvabilité. De même, si une sûreté a priorité sur le droit d'un autre créancier en dehors de la procédure d'insolvabilité, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne devrait pas en modifier la priorité relative.

8. Toute limitation du droit d'un créancier garanti, sans le consentement de ce dernier, de réaliser sa sûreté devrait préserver autant que possible la valeur économique qu'avait cette sûreté en dehors de la procédure d'insolvabilité. Un régime d'insolvabilité devrait donc prévoir des mécanismes protégeant la valeur économique de la sûreté.

3. Les sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité

a. Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité

9. Il convient d'abord de se demander si la sûreté d'un créancier garanti est soumise à la procédure d'insolvabilité ou, en d'autres termes, si les biens grevés font partie de la "masse" créée lors de l'ouverture d'une telle procédure contre un débiteur (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5). La masse comprend les biens d'un débiteur insolvable qui sont administrés et utilisés pendant la procédure d'insolvabilité.

10. L'inclusion dans la masse de biens grevés peut avoir différents effets. Dans de nombreux pays, elle limite l'aptitude d'un créancier garanti à réaliser sa sûreté (voir par. 16). De telles limitations législatives des conventions commerciales sont prises en compte par les créanciers lorsqu'ils décident de l'octroi ou non d'un crédit et du coût de ce crédit. Certaines lois sur l'insolvabilité, qui exigent que tous les biens soient soumis dans un premier temps à la procédure d'insolvabilité, permettent que des biens grevés soient séparés de la masse lorsqu'il y a preuve d'une atteinte ou d'un préjudice à la valeur économique de la sûreté ou lorsqu'il est démontré que ces biens particuliers sont entièrement grevés et ne sont pas nécessaires à la procédure de redressement.

11. Pour pouvoir déterminer si la poursuite de la procédure maximisera globalement la restitution finale aux créanciers, une loi sur l'insolvabilité peut soumettre les biens grevés à un contrôle dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. En conséquence, un créancier garanti peut se voir interdire de prendre possession de biens grevés ou, si ces derniers sont en sa possession, être tenu de les mettre en la possession du représentant de l'insolvabilité. Cette approche peut être adoptée non seulement dans une procédure de redressement, mais aussi lors d'une procédure de liquidation dans le cadre de laquelle l'entreprise du débiteur insolvable doit être continuée tandis que les biens sont liquidés par étapes, ou lorsqu'il est probable que l'entreprise peut être cédée en totalité à un repreneur. Comme on ne peut pas toujours savoir, lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, s'il sera souhaitable de continuer l'entreprise, de nombreux régimes d'insolvabilité incluent les biens grevés dans la masse au moins pour une durée limitée.

12. La masse de l'insolvabilité inclut normalement tous les biens sur lesquels le débiteur insolvable détient un droit lors de l'ouverture de la procédure

d'insolvabilité. Dans les pays où la propriété des biens grevés est transférée au créancier et où cette opération est assimilée à la constitution d'une sûreté (voir chap. III.A.3), les biens sont considérés comme faisant partie de la masse de l'insolvabilité. Il faut toutefois faire une distinction entre le transfert de propriété au créancier et la réserve de propriété du fournisseur ou d'un autre créancier octroyant un financement du prix d'achat de biens meubles corporels. Les pays qui reconnaissent la réserve de propriété n'incluent pas toujours ces biens meubles corporels dans la masse de l'insolvabilité, qu'ils assimilent ou non par ailleurs la réserve de propriété à des sûretés. Un pays peut, par exemple, souhaiter protéger les fournisseurs ou autres créanciers octroyant un financement du prix d'achat contre les revendications d'autres créanciers lorsque les biens et les affaires de leur débiteur commun sont liquidés dans une procédure d'insolvabilité. Il se peut que même ces pays n'étendent pas cette exclusion à la procédure de redressement en raison d'un objectif de politique générale prioritaire, à savoir la continuation des entreprises potentiellement viables. En tout état de cause, le présent Guide recommande (voir A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, par. 11 à 14 et A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, par. 23 et 24) que les régimes d'opérations garanties exigent, dans ces pays, que les fournisseurs publient leurs sûretés de manière que les créanciers autres que ceux qui octroient un financement du prix d'achat soient informés des droits desdits fournisseurs.

[Note aux groupes de travail: Les groupes de travail souhaiteront peut-être examiner si i) les biens transférés à un créancier garanti comme sûreté ou les biens sur lesquels le vendeur ou un autre créancier octroyant un financement du prix d'achat conserve la propriété jusqu'au paiement intégral du prix d'achat (voir chap. III, sect. A.3) et ii) les biens transférés au débiteur insolvable comme sûreté ou les biens vendus par le débiteur insolvable sur lesquels celui-ci a conservé la propriété jusqu'au paiement intégral du prix devraient faire partie de la masse.]

13. Certains créanciers garantis participent à la procédure d'insolvabilité parce qu'ils sont titulaires à la fois d'une créance garantie et d'une créance non garantie. Outre les cas dans lesquels il existe deux obligations distinctes, dont l'une seulement est garantie, il peut arriver que la sûreté du créancier garanti soit insuffisante (c'est-à-dire que la valeur des biens grevés soit inférieure au montant de l'obligation garantie). En pareil cas, le créancier a une créance garantie limitée à la valeur des biens grevés et une créance non garantie sur la différence (voir également sect. A.3.b).

14. Une loi sur l'insolvabilité devrait indiquer à quelle date et de quelle manière devrait être déterminée la valeur économique d'une sûreté. En principe, la date devrait être celle de l'ouverture formelle de la procédure d'insolvabilité. Quant à la manière, elle sera liée en général à la procédure de reconnaissance de la validité des créances sur la masse (pour la diversité des mécanismes possibles d'admission des créances, y compris des créances garanties, voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13).

15. En dehors de l'insolvabilité, une convention constitutive de sûreté peut disposer qu'une sûreté comprend le produit des biens grevés et les biens à acquérir. Une loi sur l'insolvabilité devrait aborder la question de savoir si le créancier garanti continue d'avoir droit à ce produit et aux biens acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le produit reçu lors de la disposition de biens grevés est en fait un substitut de ces biens et devrait en principe garantir la valeur économique de la sûreté. Le produit sous forme de fruits et de produits de biens grevés n'est pas

à proprement parler un substitut, mais représente des augmentations naturelles que toutes les parties comptent voir soumises à la sûreté. Toutefois, dans la mesure où le représentant de l'insolvabilité engage des dépenses en liaison avec ce produit, c'est le créancier garanti, et non la masse, qui devrait en fin de compte supporter le poids de ces dépenses. Les biens acquis par la masse après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité sur lesquels le créancier garanti pourrait avoir un droit en dehors de l'insolvabilité ne sont pas des substituts des biens grevés ni les fruits ou produits naturels de ces biens. En l'absence de nouveau financement par le créancier garanti, les motifs de reconnaître le droit du créancier sur ces nouveaux biens sont moins impérieux.

b. Restrictions à la réalisation des sûretés

16. De nombreuses lois sur l'insolvabilité limitent les droits des créanciers d'utiliser des voies de droit ou d'engager des procédures contre le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, en imposant un arrêt ou un moratoire. L'arrêt des poursuites peut intervenir automatiquement ou à la discrétion d'un tribunal, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie intéressée. Dans un certain nombre de pays, il est applicable aux créanciers tant garantis que chirographaires. Les raisons qui justifient l'inclusion des actifs grevés dans la masse (voir par. 13) sont également applicables à l'arrêt de la réalisation des sûretés. Cependant, les limitations de la capacité d'un créancier garanti à réaliser sa sûreté peuvent avoir des effets négatifs sur le coût et la disponibilité du crédit. Une loi sur l'insolvabilité doit mettre en balance ces intérêts concurrents (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6).

17. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent le tribunal à ordonner des mesures conservatoires pour préserver la masse entre le moment où est faite une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et le moment où le tribunal se prononce sur cette demande. Elles lui permettent en général d'ordonner de telles mesures à sa discrétion, de sa propre initiative ou bien à la demande d'une partie intéressée. Lorsque de telles mesures provisoires sont prévues, elles peuvent comprendre l'arrêt pour un créancier garanti de la prise de possession du bien grevé ou de la réalisation d'une autre manière de sa sûreté. Du fait que ces mesures sont provisoires et qu'elles sont ordonnées avant la décision d'ouvrir la procédure, le tribunal peut exiger des créanciers qui les demandent d'apporter la preuve qu'elles sont nécessaires et, dans certains cas, de fournir une sûreté pour les dépenses ou les dommages-intérêts éventuels.

18. À quelques exceptions près (voir par. 11), la nécessité d'arrêter la réalisation d'une sûreté pendant une durée assez longue est moins impérative lorsque la procédure d'insolvabilité est une procédure de liquidation. Dans la plupart des cas, le représentant de l'insolvabilité dispose alors des biens individuellement au lieu de céder l'entreprise en totalité à un repreneur. À cet égard, plusieurs approches sont possibles. Par exemple, un régime d'insolvabilité peut exclure les créanciers garantis de l'application de l'arrêt, mais encourager des négociations entre le débiteur insolvable et les créanciers avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, afin d'obtenir le meilleur résultat pour toutes les parties. Selon une autre approche, l'arrêt prend fin à l'issue d'une courte période (par exemple 30 jours), à moins qu'une partie n'obtienne du tribunal une ordonnance prolongeant sa durée pour des motifs précisés dans la loi sur l'insolvabilité. Ces motifs peuvent

comprendre la démonstration qu'il existe une possibilité raisonnable de céder l'entreprise en totalité à un repreneur; cette cession maximisera la valeur de l'entreprise et les créanciers garantis ne subiront pas un préjudice déraisonnable. Une autre approche encore consiste à laisser la mainlevée de l'arrêt à la discrétion du tribunal supervisant la procédure d'insolvabilité, tout en prévoyant dans la législation des principes directeurs pour l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire (voir A/CN.9/WG.V/JP.63/Add.6, par. 80 à 83, et 91 et 92).

19. Une arrêt des poursuites se justifie davantage lorsque la procédure d'insolvabilité est une procédure de redressement. Le but de cette dernière est de restructurer une entreprise potentiellement viable de façon à en rétablir sa prospérité et la viabilité financières, à maximiser la restitution en faveur des créanciers et à maintenir l'emploi. Il peut alors être nécessaire de restructurer les finances de l'entreprise par des moyens tels que le rééchelonnement des dettes, la réduction des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession de la totalité ou d'une partie de l'entreprise en vue de la poursuite de ses activités. Le retrait de biens grevés de l'entreprise fera souvent échouer les tentatives visant à sa continuation ou à sa cession en vue de la poursuite de ses activités. En conséquence, une loi sur l'insolvabilité peut étendre l'application d'une suspension aux créanciers garantis pendant la période nécessaire à l'élaboration d'un plan de redressement, sa présentation aux créanciers et son application (voir A/CN.9/WG.V/JP.63/Add.6, par. 91).

20. Si l'action de réalisation d'un créancier garanti est arrêtée, le régime d'insolvabilité doit prévoir des moyens pour protéger la valeur économique des sûretés sur les biens grevés. Il peut s'agir d'ordonnances judiciaires prévoyant le versement comptant d'intérêts sur la créance garantie, le versement de sommes correspondant au montant de la dépréciation des biens grevés et l'extension de la sûreté à des biens supplémentaires ou de remplacement. Le besoin de telles garanties est particulièrement impérieux lorsque les biens grevés sont périssables ou consommables (par exemple espèces ou équivalents).

21. En outre, une loi sur l'insolvabilité pourrait aussi éviter à un créancier garanti les inconvénients d'un arrêt en autorisant le représentant de l'insolvabilité à lui remettre les biens grevés. Une telle mesure pourrait être justifiée dans les cas où les biens grevés sont dépourvus de valeur pour la masse de l'insolvabilité et ne sont pas essentiels pour la cession de l'entreprise ou son redressement, les cas où il est impossible ou trop difficile de protéger la valeur de la sûreté, et les cas où le représentant de l'insolvabilité n'a pas vendu en temps voulu les biens grevés. Une loi sur l'insolvabilité pourrait également disposer qu'une fois levé l'arrêt des poursuites pour des biens grevés particuliers, le créancier garanti pourrait, à ses frais et s'il le souhaite, prendre des dispositions dans le cadre de la procédure d'insolvabilité pour vendre les biens grevés.

22. Lorsque la valeur des biens grevés est supérieure à la créance garantie, la masse de l'insolvabilité a un droit sur l'excédent si les biens doivent être liquidés. En l'absence d'insolvabilité, le créancier garanti devrait restituer au constituant le produit excédentaire. En cas de disposition des mêmes biens au cours d'une procédure d'insolvabilité, l'excédent peut être distribué aux autres créanciers. Pour ce qui est de celui qui devrait disposer des biens grevés, une loi sur l'insolvabilité devrait déterminer si la solution retenue en dehors du cadre de l'insolvabilité devrait également s'appliquer en cas de procédure d'insolvabilité. Par exemple, si la loi sur

les sûretés applicable autorise le créancier garanti à disposer d'un bien en dehors de l'insolvabilité, la question est de savoir si, dans une procédure d'insolvabilité, c'est lui plutôt que le représentant de l'insolvabilité qui doit procéder à la disposition des biens grevés concernés. Une loi sur l'insolvabilité pourrait disposer que, dans une procédure de liquidation, les biens grevés seraient remis au créancier garanti si des indices raisonnables permettent de penser que ce dernier les vendrait plus facilement et à un meilleur prix. En tout état de cause, la loi en question devrait indiquer clairement que tout excédent, après paiement des dépenses raisonnables et acquittement de la créance garantie devrait être restitué à la masse de l'insolvabilité.

c. Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité

23. Si les créanciers garantis sont tenus de participer à la procédure d'insolvabilité, le régime d'insolvabilité devrait faire en sorte que cette participation protège efficacement leurs intérêts (voir A/CN.9/WG.V/ WP.63/Add.11). Par exemple, la notification avisant les créanciers de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait indiquer si les créanciers garantis doivent présenter une réclamation et, dans l'affirmative, dans quelle mesure¹. Les créanciers garantis devraient avoir au moins le même traitement dans une procédure judiciaire que les autres créanciers.

24. En outre, si une loi sur l'insolvabilité prescrit que des comités de créanciers doivent conseiller le représentant de l'insolvabilité, elle doit prescrire une représentation adéquate des intérêts des créanciers garantis. La loi peut prévoir que les représentants des créanciers garantis siègent au même comité que les représentants des créanciers chirographaires ou au contraire qu'un comité distinct doit être constitué pour eux. Si l'on craint que les intérêts des créanciers garantis ne dominent la procédure au détriment des autres créanciers, on peut limiter les questions sur lesquelles les créanciers garantis peuvent voter. Par exemple, leur droit de vote pourrait être limité au choix du représentant de l'insolvabilité et aux questions touchant directement les biens grevés ou la valeur économique des sûretés.

d. Validité des sûretés et actions en annulation

25. D'une manière générale, une sûreté valable contre des tiers en dehors de l'insolvabilité devrait être reconnue comme également valable dans une procédure d'insolvabilité. Cependant, une contestation de la validité d'une sûreté dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité devrait être autorisée pour les mêmes motifs que ceux qui peuvent être invoqués pour contester n'importe quelle autre créance. Dans de nombreux pays, le représentant de l'insolvabilité peut, par exemple, annuler ou priver d'efficacité toute cession frauduleuse ou préférentielle effectuée par le débiteur insolvable au cours d'une période déterminée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La constitution ou la cession d'une sûreté est une cession de biens soumise à ces dispositions générales et, si cette cession est frauduleuse ou préférentielle, le représentant de l'insolvabilité doit avoir le droit d'annuler la sûreté ou de la priver d'efficacité. En conséquence, une sûreté qui est valable en vertu du

¹ En ce qui concerne la notification adressée aux créanciers étrangers, voir l'article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et les paragraphes 106 à 111 du Guide pour son incorporation.

régime d'opérations garanties d'un État peut être invalidée, dans certaines circonstances, en vertu du régime d'insolvabilité du même État (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9). En tout état de cause, la loi sur l'insolvabilité devrait énoncer tout motif d'annulation d'une sûreté de manière claire et prévisible. Le paiement du produit après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir par. 15) devrait être possible sauf si le paiement est frauduleux ou annulable en vertu d'autres principes applicables.

e. Ordre de priorité des sûretés

26. Un régime d'opérations garanties établit l'ordre de priorité des droits sur les biens grevés. Dans des cas exceptionnels, les lois sur l'insolvabilité peuvent modifier cet ordre (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14. C'est ainsi que de nombreuses législations donnent la priorité à l'une ou à plusieurs des catégories suivantes de créances: salaires et indemnités impayés, atteintes à l'environnement et dettes fiscales ("créances privilégiées"). La plupart des systèmes juridiques reconnaissent à ces créances une priorité par rapport aux seules créances non garanties, mais certains régimes leur attribuent un rang supérieur même aux créances garanties.

[Note aux groupes de travail: Les groupes de travail souhaiteront peut-être envisager d'ajouter un nouveau paragraphe qui pourrait être rédigé comme suit: "Certaines lois modifient le classement avant insolvabilité des créanciers garantis et chirographaires en réservant une partie de la masse, y compris des biens grevés, au profit de certaines catégories de créanciers chirographaires, tels que les salariés du débiteur ou des personnes exerçant une action pour dommages personnels contre le débiteur. D'autres lois, pour décourager un comportement inacceptable des créanciers garantis avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, disposent que dans des situations exceptionnelles le rang de priorité de la sûreté d'un créancier garanti peut être réduit. Il peut s'agir par exemple de situations dans lesquelles le créancier garanti dicte les décisions importantes à prendre par la société avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou bien a un comportement inéquitable avant la procédure d'insolvabilité à l'égard de la société ou de ses créanciers."]

27. Plus grande est l'incertitude quant au nombre et au montant des créances ayant priorité sur les créances des créanciers garantis, plus grand sera l'impact négatif sur la disponibilité et le coût du crédit. Il est donc indispensable que les exceptions au principe de la priorité des créanciers garantis soient limitées, en nombre et en somme d'argent, que leur existence et leur montant soient exprimés de manière transparente et prévisible. Par exemple, les exceptions devraient être énoncées, non seulement dans la législation sur le travail ou dans la législation fiscale, mais aussi dans la législation sur l'insolvabilité et sur les opérations de garantie.

28. Le représentant de l'insolvabilité peut engager des dépenses pour l'entretien des biens grevés et les financer par prélèvement sur les fonds généraux de la masse de l'insolvabilité. Comme ces dépenses d'administration préservent la valeur économique de la sûreté, elles devraient donner lieu à une priorité sur les créanciers garantis, faute de quoi ces derniers s'enrichiraient injustement au détriment des créanciers chirographaires. Toutefois, pour décourager les dépenses déraisonnables, une loi sur l'insolvabilité pourrait limiter la priorité au montant raisonnable des dépenses prévisibles qui préservent ou protègent directement les biens grevés. En règle générale, elle ne devrait pas diminuer la valeur des biens grevés en imposant

un surcoût au titre de l'administration générale de la procédure d'insolvabilité. Il y a exception lorsque la valeur des biens grevés ne correspond pas à la valeur intégrale de la créance du créancier garanti, qu'il n'y a pas d'autres biens, et que le créancier garanti n'est pas opposé à la procédure d'insolvabilité.

f. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

29. Pour qu'une procédure d'insolvabilité, qu'il s'agisse d'une liquidation ou d'un redressement, assure à tous les créanciers un recouvrement maximal, il faut que le représentant de l'insolvabilité dispose de fonds suffisants pour financer les dépenses de la liquidation ou du redressement. Dans le cas d'une liquidation, ces dépenses peuvent comprendre le coût de la préservation et de la protection des biens du débiteur en attendant leur vente ou leur disposition selon d'autres modalités. Dans le cas d'un redressement, elles peuvent comprendre le paiement des salaires et d'autres dépenses d'exploitation pour permettre au débiteur de poursuivre l'activité de son entreprise pendant la procédure d'insolvabilité.

30. Dans certains cas, le représentant de l'insolvabilité peut déjà avoir suffisamment d'actifs liquides pour financer les dépenses prévues de ce type, sous forme de disponibilités ou d'autres actifs qui seront convertis en liquidités (par exemple, produit prévu des créances de sommes d'argent). Toutefois, ces biens peuvent déjà être soumis à des sûretés valables détenues par les créanciers antérieurs du débiteur (cas par exemple d'un prêteur titulaire de sûretés sur les sommes dues au débiteur comme produit de la vente de stocks). L'utilisation de ces biens par le représentant de l'insolvabilité pendant la procédure d'insolvabilité pourrait fort bien altérer, voire détruire la valeur économique de ces sûretés. Par conséquent, un représentant de l'insolvabilité ne devrait être autorisé à utiliser ces biens dans la procédure d'insolvabilité que dans la mesure où les droits des créanciers garantis antérieurs de recevoir la valeur économique de leurs sûretés sont protégés. Autrement, les futurs créanciers garantis hésiteront à accorder un crédit à un débiteur en sachant que, si ce dernier devait faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ils risqueraient de perdre la valeur économique de leurs sûretés du fait de l'utilisation de ces biens dans cette procédure.

31. Dans d'autres cas, les actifs liquides existants de la masse et les liquidités prévues peuvent être insuffisants pour financer les dépenses de la procédure d'insolvabilité, et le représentant de l'insolvabilité doit alors chercher un financement auprès de tiers. Il peut s'agir de crédits consentis au débiteur par les vendeurs de biens et services, ou bien de prêts ou autres formes de crédit accordés par des prêteurs. Souvent, ces vendeurs et prêteurs seront ceux qui auront déjà consenti des crédits au débiteur avant la procédure d'insolvabilité. En général, ils n'accepteront de faire crédit à une masse de l'insolvabilité que s'ils reçoivent l'assurance suffisante (sous la forme d'une créance ou de sûretés prioritaires sur les biens du débiteur insolvable) qu'ils seront remboursés. Mais là encore, il se peut que ces biens fassent déjà l'objet de sûretés valables détenues par les créanciers antérieurs du débiteur et, pour la raison indiquée au paragraphe précédent, les nouveaux créanciers auxquels il est demandé d'accorder un crédit à la masse de l'insolvabilité ne devraient bénéficier d'une créance ou de sûretés prioritaires sur les biens existants ou futurs du débiteur insolvable que dans la mesure où les droits de détenteurs antérieurs de sûretés de recevoir la valeur économique sont protégés.

32. Ainsi, dans tous ces arrangements de financement (désignés collectivement par l'expression "financement postérieur à l'ouverture"), il est essentiel que soit protégée la valeur économique des sûretés des créanciers garantis antérieurs, de manière qu'ils ne soient pas abusivement lésés. Si les créanciers garantis antérieurs ont des sûretés d'une valeur sensiblement supérieure au montant des obligations garanties qui leur sont dues, il n'est peut-être pas nécessaire dans un premier temps de leur accorder une protection spéciale (ils auront toutefois la faculté d'en demander une par la suite si les circonstances changent). Mais un tel excédent est rare, et il faudrait accorder aux créanciers garantis antérieurs des protections supplémentaires pour préserver la valeur économique de leurs sûretés, par exemple des paiements périodiques ou des sûretés sur des biens supplémentaires en remplacement des biens utilisés par le représentant de l'insolvabilité ou grevés en faveur d'un nouveau prêteur.

33. Il est important aussi, lorsque l'on accorde des protections supplémentaires à un créancier garanti antérieur, que celui-ci ne reçoive pas de sûretés supérieures à celles auxquelles il aurait eu droit en l'absence de financement postérieur à l'ouverture. Ainsi, l'octroi de sûretés supplémentaires ne devrait pas avoir pour effet d'améliorer la position garantie qu'il avait avant l'insolvabilité, par exemple en garantissant des obligations antérieures qui n'étaient pas garanties. Toutes sûretés supplémentaires devraient au contraire garantir uniquement l'obligation de la masse de l'insolvabilité de le rembourser pour la diminution de valeur des biens grevés soumis à ses sûretés antérieures.

34. Dans certains régimes juridiques, le financement postérieur à l'ouverture est régi par des dispositions spécifiques de la loi sur l'insolvabilité tandis que dans d'autres, de telles dispositions n'existent pas, et le financement postérieur à l'ouverture est alors accordé simplement sur la base d'une convention négociée entre le nouveau créancier et le représentant de l'insolvabilité. Dans un cas comme dans l'autre, le financement n'est souvent accordé qu'après la délivrance par le tribunal de l'insolvabilité d'une ordonnance après une audition menée avec notification à toutes les parties concernées.

35. Le présent Guide recommande qu'une disposition spécifique relative au financement postérieur à l'ouverture soit incorporée dans la loi sur l'insolvabilité, de manière que les circonstances dans lesquelles un tel financement peut être fourni, les règles qui s'y appliquent et son effet sur les droits de toutes les parties puissent être déterminés facilement, et pris en compte par un créancier envisageant d'accorder un crédit à un débiteur solvable avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, et avant l'octroi du crédit (pour une discussion plus approfondie de ce sujet, voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14).

g. Procédures de redressement

36. Une procédure de redressement vise principalement à maximiser la valeur de l'entreprise du débiteur insolvable dans l'intérêt de tous les créanciers en élaborant un plan de sauvetage de l'entreprise, ainsi qu'à protéger les investissements et préserver l'emploi. Pour atteindre ces objectifs, il peut être nécessaire qu'un créancier garanti participe au redressement, en particulier si les biens grevés doivent être utilisés dans l'entreprise du débiteur insolvable pour permettre à celle-ci de se redresser et pour que le débiteur puisse diriger ses affaires à l'issue de la procédure d'insolvabilité.

37. Un corollaire important de la participation du créancier garanti au redressement est toutefois qu'il ne faudrait pas que ce dernier se trouve plus mal loti que s'il se prévalait de ses droits d'exécution en-dehors de l'insolvabilité pour disposer des biens grevés et appliquer le produit de cette disposition aux obligations garanties. De fait, en règle générale, la valeur économique des sûretés du créancier garanti devrait être préservée et maintenue dans le redressement. En effet, si dans une procédure d'insolvabilité, le créancier garanti ne pouvait compter recevoir la valeur économique de ses sûretés en cas de redressement du débiteur insolvable, l'incertitude qui en découlerait pourrait le dissuader purement et simplement d'accorder un crédit au débiteur ou bien de l'accorder à un coût plus élevé. En outre, il est essentiel de préserver la valeur pour attirer le financement dont le débiteur de l'insolvabilité aura besoin pour mettre en œuvre son plan de réorganisation et faire fonctionner l'entreprise redressée.

38. Il est certain que si le créancier garanti doit participer au redressement, le plan de redressement peut contenir des dispositions prévoyant qu'il sera porté atteinte à ses sûretés. Le créancier garanti peut néanmoins y consentir et accepter par conséquent d'être lié par le plan. En revanche, s'il refuse d'être lié par ce plan, la question se pose de savoir s'il peut l'être malgré son opposition.

39. Si, en vertu de la loi sur l'insolvabilité applicable, il peut être fait obligation à un créancier garanti d'être lié par le plan de redressement malgré son opposition, ledit créancier devrait bénéficier au moins d'une protection assurant que la valeur économique de ses sûretés ne sera pas réduite en vertu du plan sans son consentement. La protection des sûretés du créancier garanti devrait être énoncée de façon claire et transparente dans la loi sur l'insolvabilité de manière qu'il puisse décider d'accorder ou non un crédit au constituant et, dans l'affirmative, à quelles conditions, en sachant avec certitude que ses sûretés seront protégées de façon adéquate si le constituant devient débiteur insolvable et si le plan de redressement doit être adopté pour le constituant malgré l'opposition de la catégorie dont fait partie le créancier garanti ou, selon le cas, du créancier garanti lui-même.

40. Il y a plusieurs exemples de moyens permettant de préserver la valeur économique des sûretés du créancier garanti dans le plan de redressement, bien qu'elles soient modifiées par ce dernier. Si le plan prévoit que le créancier garanti recevra en paiement une somme d'argent en échange des obligations garanties, cette somme ne devra pas être inférieure à ce que le créancier garanti aurait reçu s'il avait invoqué ses droits d'exécution en l'absence d'insolvabilité pour disposer des biens grevés et appliqué le produit de cette disposition aux obligations garanties. Si le plan prévoit que le créancier garanti doit libérer ses sûretés sur certains biens grevés, il devrait prévoir des biens de remplacement d'une valeur au moins égale pour les soumettre aux sûretés du créancier garanti, à moins que les biens grevés restants aient une valeur suffisante pour que celui-ci soit payé intégralement lors de leur disposition ou liquidation. Si le plan subordonne les sûretés du créancier garanti à celles d'un autre créancier garanti, les biens grevés devraient avoir une valeur suffisante pour permettre à la fois aux créanciers garantis principaux et subordonnés d'être payés intégralement en cas de disposition ou de liquidation des biens grevés. Si le plan prévoit le montant des obligations garanties constituant une dette monétaire à payer au cours du temps, le créancier garanti devrait conserver ses sûretés et la valeur actuelle des paiements futurs des obligations garanties, après avoir donné effet à la restructuration des dites obligations. En outre, le taux d'intérêt

sur les obligations garanties restructurées prévu par le plan ne devrait pas être inférieur au montant que le créancier garanti aurait reçu s'il avait invoqué ses droits d'exécution en l'absence d'insolvabilité pour disposer des biens grevés et appliquer le produit de cette disposition aux obligations garanties.

41. Dans de nombreux cas, la question de savoir si la valeur économique des sûretés du créancier garanti est préservée dans un plan de redressement peut davantage être une question de fait qu'une question de droit. En cas de contestation, il faudra, pour déterminer cette valeur, examiner les marchés et les conditions du marché. Le témoignage d'experts pourra même être requis, en particulier s'il y a en cause des actifs grevés ou des sûretés dont la valeur actuelle peut dépendre de la performance future du constituant et, par conséquent, comporter des éléments de risque à prendre en compte. Faute d'accord entre les parties en litige, le tribunal de l'insolvabilité devra décider sur la base des faits présentés si la valeur économique des sûretés est préservée.

h. Procédures de redressement accélérées

42. On s'est beaucoup intéressé ces dernières années à la mise au point de procédures de redressement accélérées ("procédures accélérées") en vue de simplifier le redressement d'un débiteur en évitant le coût ou le délai inhérent aux procédures formelles, dans des situations où la totalité ou la quasi-totalité des principaux créanciers du débiteur (généralement autres que les créanciers commerciaux) sont capables de s'entendre sur les conditions du redressement.

43. La procédure accélérée peut se dérouler comme suit: i) les créanciers commencent par mener des négociations sur les conditions d'un plan de redressement proposé avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité formelle, ii) une procédure d'insolvabilité formelle est ensuite ouverte, et iii) le plan de redressement est présenté au tribunal de l'insolvabilité pour approbation rapide (mais sous réserve des mêmes obligations de notification à tous les créanciers du débiteur et de vote par ces créanciers, ainsi que des autres obligations procédurales applicables dans la procédure de redressement formelle). Une fois approuvé, le plan de redressement lierait les créanciers opposants, de la même manière que dans une procédure de redressement formelle (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12). Toutefois, certaines propositions de procédure accélérée envisagent une moins grande intervention du tribunal de l'insolvabilité et reposent principalement sur l'accord des principaux créanciers du débiteur, avec recours au tribunal uniquement à des fins limitées. La procédure accélérée peut également prévoir des dispositions pour l'obtention par le débiteur d'un financement postérieur à l'ouverture, ainsi qu'une procédure rapide pour obtenir un contrôle judiciaire des décisions du tribunal de l'insolvabilité.

44. Du point de vue de la promotion de l'offre de crédit garanti bon marché, il est indispensable que la procédure accélérée ne déçoive pas les attentes raisonnables des créanciers garantis ou ne crée une situation dans laquelle un créancier garanti se trouverait moins bien loti que dans une procédure d'insolvabilité formelle. Il ne faudrait pas, par exemple, qu'elle prive un créancier garanti, sans son consentement, de la possibilité de réaliser la valeur économique intégrale de ses biens grevés et elle devrait lui accorder une compensation raisonnable pour toute diminution de cette valeur résultant de l'utilisation de ces biens par le débiteur pendant la procédure. Il ne faudrait pas non plus qu'elle déçoive les attentes que peut

raisonnablement avoir le créancier garanti en vertu de ses documents de crédit et du droit applicable pour ce qui est du choix du droit ou du tribunal saisi.

45. De façon générale, l'existence, dans un pays donné, de procédures accélérées bien conçues, respectant les principes examinés ci-dessus, encouragera les créanciers à consentir des crédits garantis dans ce pays.

B. Résumé et recommandations

46. Un régime d'opérations garanties devrait reconnaître le droit des créanciers garantis à la valeur économique de leurs sûretés et maintenir la priorité de ces sûretés, telle qu'elle existait antérieurement à l'insolvabilité. Toute exception devrait être limitée, claire et prévisible.

47. En principe, les biens grevés devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité.

[Note aux Groupes de travail: Les Groupes de travail souhaiteront peut-être envisager d'ajouter une recommandation concernant la question de savoir si les biens qui sont soumis à une réserve ou un transfert de propriété devraient faire partie de la masse de l'insolvabilité (voir par. 12 et note).]

48. Si les créanciers garantis sont tenus de participer à la procédure d'insolvabilité, le régime d'insolvabilité devrait faire en sorte que leur participation soit suffisamment efficace pour protéger leurs intérêts.

49. La distinction entre une procédure d'insolvabilité visant à liquider les biens d'un débiteur insolvable et une procédure visant le sauvetage de l'entreprise du débiteur insolvable donne lieu à un traitement différent de l'arrêt de la réalisation des sûretés dans le cadre de ces procédures. À quelques exceptions près (voir par. 11), la nécessité de l'arrêt de la réalisation d'une sûreté est moins contraignante dans une procédure de liquidation que dans une procédure de redressement. L'application de l'arrêt des poursuites, sa durée, et le motif de l'assouplissement de ses modalités d'application, devraient être adaptés en conséquence. En tout état de cause, il faudrait prévoir des dispositions en faveur des créanciers garantis pour assurer une protection adéquate de la valeur économique de leurs sûretés lorsque leur droit de réaliser les sûretés qu'ils détiennent sur les biens grevés est différé pendant une longue période par l'arrêt des poursuites.

50. Sous réserve d'actions en annulation, les sûretés constituées antérieurement à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devraient être également valables dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

51. En règle générale, la procédure d'insolvabilité ne devrait pas modifier le classement des créances garanties tel qu'il existait antérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La certitude et la transparence, en ce qui concerne toutes exceptions nécessaires, contribueront à limiter les effets négatifs sur la disponibilité et le coût des crédits.

52. Une loi sur l'insolvabilité devrait comporter une disposition spécifique pour le financement postérieur à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, de manière qu'un créancier consentant un crédit à un débiteur avant cette ouverture puisse tenir

compte de la possibilité d'un financement postérieur avant d'accorder le crédit (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14).

53. La procédure accélérée ne devrait pas décevoir les attentes raisonnables des créanciers garantis, ni créer une situation dans laquelle un créancier garanti se trouverait moins bien loti dans une telle procédure que dans une procédure d'insolvabilité formelle.
