



Assemblée générale

Distr.: Limitée
2 juillet 2003*

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Quatrième session
Vienne, 8-12 septembre 2003

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Rapport du Secrétaire général

Additif

Table des matières

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IX. Insolvabilité	1-59	2
A. Remarques générales	1-51	2
1. Introduction	1-4	2
2. Les sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité	5-51	3
a. Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité	7-19	3
b. Restrictions à la réalisation des sûretés	20-27	6
c. Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité	28-29	8
d. Opposabilité des sûretés et actions en annulation	30-32	8
e. Ordre de priorité des sûretés	33-35	8
f. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	36-41	9
g. Procédures de redressement	42-47	11
h. Procédures de redressement accélérées	48-51	12
B. Résumé et recommandations	52-59	13

* Le présent document est soumis avec deux jours de retard par rapport au délai prescrit de 10 semaines avant le début de la réunion car il a fallu attendre la fin des consultations.



IX. Insolvabilité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. En principe, une procédure d'insolvabilité devrait reconnaître l'efficacité et la priorité d'une sûreté et préserver sa valeur économique. Un régime d'insolvabilité peut toutefois modifier les droits des créanciers garantis pour mettre en œuvre des politiques économiques et sociales générales (par exemple, protéger les créanciers chirographaires et les salariés). Lorsque c'est le cas, les créanciers dont les sûretés pourraient être modifiées peuvent quantifier ce risque et en tenir compte dans leur décision d'accorder ou non un crédit et à quelles conditions. Par conséquent, il est avantageux pour un État qui souhaite encourager les marchés du crédit au moyen d'un régime moderne d'opérations garanties de coordonner ce régime avec le régime d'insolvabilité. Le présent chapitre examine les liens entre ces deux régimes. Il doit être lu conjointement avec le 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 additifs). 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. Elles ont également comme objectif commun la reconnaissance des sûretés et de leur valeur économique. 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 de 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 encourageant les premiers à surveiller l'aptitude des seconds à s'acquitter de leurs obligations, de manière à décourager le surendettement et l'insolvabilité qui peut en résulter. De plus, 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 d'identifier rapidement les créanciers garantis potentiels (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...).

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 intégralement 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.

4. Les législateurs qui révisent les lois existantes ou introduisent un nouveau régime dans le domaine des opérations garanties pourraient peut-être remédier à ces tensions en conciliant la législation proposée avec le régime d'insolvabilité existant ou proposé. Toute modification des droits des créanciers garantis par le biais de l'un ou l'autre régime devrait s'appuyer sur des politiques définies avec soin et être énoncée clairement et de manière cohérente dans la législation, car la réforme d'un régime peut imposer aux parties prenantes de l'autre régime des coûts des imprévus afférents aux opérations et au respect de la réglementation.

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

5. Les régimes d'insolvabilité modernes prévoient généralement deux types principaux de procédure: la liquidation et le redressement. Dans une procédure de liquidation, le représentant de l'insolvabilité rassemble les biens du débiteur insolvable, les vend ou en dispose selon d'autres modalités et distribue le produit aux créanciers. Les biens peuvent être liquidés séparément, en une seule fois ou par étapes, ou globalement, dans le cadre de la cession de l'entreprise à un repreneur. Dans le cas de la liquidation des différents biens par étapes ou dans le cadre d'une cession de l'entreprise à un repreneur, il peut être nécessaire de poursuivre l'activité du débiteur insolvable.

6. Dans une procédure de redressement, en revanche, l'objectif est la continuation de l'entreprise du débiteur insolvable en tant qu'entreprise viable, si cela est possible économiquement, de récupérer pour toutes les parties prenantes le surcroît de valeur de l'entreprise en tant qu'entreprise viable par rapport à sa valeur de liquidation (voir par. 42 à 47). On voit aussi apparaître des procédures de redressement accélérées, qui encouragent la confirmation judiciaire ou administrative 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; voir par. 48 à 51).

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

7. Il convient d'abord de se demander si les biens grevés font partie de la "masse de l'insolvabilité" créée lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre un débiteur insolvable (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5, par. 60 à 62 et 66, et Recommandation 27). Le débiteur ou le tiers constituant peut être "le débiteur insolvable" [*Note au Groupe de travail: la définition de "débiteur insolvable" donnée dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 14, devra être modifiée*]. Lorsque le débiteur et le constituant sont deux personnes différentes, en cas d'insolvabilité du constituant, les biens font partie de la masse et, en cas d'insolvabilité du débiteur, les biens du tiers constituant qui se trouvent en la possession du débiteur peuvent être affectés (voir A/CN.9.WG.V/WP.63/Add.7, par. 115 à 117 et Recommandations 46 et 47).

8. L'inclusion de biens grevés dans la masse peut avoir différents effets. Dans de nombreux pays, elle limite l'aptitude d'un créancier garanti à réaliser sa sûreté (voir par. 20). 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 à un débiteur 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 au redressement.

9. Pour pouvoir déterminer si la poursuite de la procédure maximisera la restitution finale à tous les 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 est souhaitable de continuer l'entreprise, de nombreux régimes d'insolvabilité incluent les biens grevés dans la masse au moins pour une durée limitée.

10. La masse de l'insolvabilité inclut normalement tous les biens, tangibles (meubles ou immeubles) ou intangibles, sur lesquels le débiteur insolvable détient un droit (droit de propriété ou autre droit réel ou contractuel) lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La composition exacte de la masse peut dépendre du fait qu'un bien est grevé ou non, ou est détenu tout en étant l'objet d'un contrat exécutoire avec un tiers, par exemple un contrat de vente ou de bail. En tout état de cause, le bien ou les droits contractuels que détient le débiteur insolvable sur les biens grevés en font partie, et leur valeur devrait être identique (à savoir valeur du bien diminuée de la dette garantie).

11. Dans les pays où le transfert de propriété à des fins de garantie est assimilé à un mécanisme de transfert de propriété pur et simple, même en cas d'insolvabilité, les biens transférés par le débiteur insolvable au créancier ne sont pas considérés comme faisant partie de la masse de l'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 31). En revanche, le prix payé et tous droits y relatifs en font partie. Dans les pays où un tel transfert est assimilé à un mécanisme de sûreté, les biens font partie de la masse de l'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, par. 32).

12. Que la réserve de propriété soit assimilée ou non à une sûreté, les biens ne font pas nécessairement partie de la masse de l'insolvabilité. 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.

13. En général, un contrat comportant une clause de réserve de propriété est assimilé à un contrat exécutoire. Le représentant de l'insolvabilité peut choisir, soit

de régler le solde du prix d'achat et faire entrer les biens dans la masse, soit d'annuler le contrat et de réclamer la fraction du prix qui a été payée par le débiteur insolvable. S'il décide de ne pas payer, le vendeur peut se faire remettre les biens en qualité de propriétaire ou insister pour que le solde du prix d'achat lui soit réglé.

14. Lorsque la valeur des biens grevés est supérieure à la créance garantie, tout excédent après liquidation et paiement de cette dernière fait partie de la masse. 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.

15. Les systèmes juridiques diffèrent pour ce qui est du sort d'un excédent dans le cas de clauses de réserve de propriété. Dans certains d'entre eux, le vendeur a le droit de garder tout excédent restant après la vente du bien et l'acquittement de sa créance, tandis que dans d'autres il doit l'inclure dans la masse de l'insolvabilité. Il se pourrait que le traitement diffère selon que la réserve de propriété est assimilée ou non à une opération garantie ou à un mécanisme de transfert de propriété et selon qu'il y a ou non continuation ou résiliation du contrat correspondant par le représentant de l'insolvabilité (voir par. 12 et 13).

16. La date et la modalité de détermination de la valeur économique d'une sûreté peuvent être indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Il est courant, pour la date, de retenir celle de l'ouverture formelle de la procédure d'insolvabilité [*Note au Groupe de travail: cette question n'est pas abordée dans le Guide sur l'insolvabilité*]. Quant à la modalité, elle sera liée en général à la procédure de reconnaissance de la validité des créances sur la masse du débiteur insolvable (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).

17. 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 peut 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.

18. Le produit reçu lors de la disposition de biens grevés est en fait un substitut de ces biens et, en principe, garantit 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.

19. 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

20. Lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, de nombreuses lois sur l'insolvabilité imposent un arrêt des poursuites aux actions entreprises par les créanciers pour réaliser leurs créances ou utiliser des voies de droit ou engager des procédures contre le débiteur insolvable. 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 sont également applicables à l'arrêt de la réalisation des sûretés (voir par. 8). 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, par. 73, 75 à 78, 80 à 83, 84, 87, 91 et 92, 94, et 96 à 102, ainsi que les Recommandations 40 à 42).

21. Si une procédure d'insolvabilité n'est ouverte que lorsque le tribunal se prononce sur une demande allant dans ce sens, ledit tribunal peut être autorisé à ordonner des mesures conservatoires pour préserver la masse entre le moment où est faite la demande et le moment où il se prononce sur cette demande. Il peut 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.

22. La nécessité d'arrêter la réalisation d'une sûreté pendant une durée assez longue est moins impérative dans une procédure de liquidation si les biens sont cédés individuellement et non en totalité à un repreneur. Plusieurs approches peuvent être adoptées. 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.

23. Un arrêt des poursuites se justifie davantage lorsque la procédure d'insolvabilité est une procédure de redressement. 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'un arrêt aux créanciers garantis pendant

la période nécessaire à l'élaboration d'un plan de redressement, sa présentation et son application (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, par. 91).

24. Si l'action en 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. De tels moyens de protection sont particulièrement nécessaires lorsque les biens grevés sont périssables ou consommables (par exemple, espèces ou équivalents). Le critère applicable pour les déterminer pourrait être la position dans laquelle se serait trouvé le créancier garanti s'il avait réalisé sa sûreté avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

25. 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 les biens grevés ou n'en a pas disposé selon d'autres modalités en temps voulu. 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 ou en disposer selon d'autres modalités.

26. Lorsque des biens grevés sont nécessaires pour la conduite de la procédure d'insolvabilité, le représentant de l'insolvabilité peut être autorisé à les utiliser, tout en protégeant la valeur de la sûreté. Il peut aussi être autorisé à disposer des biens grevés libres de toute sûreté, à condition qu'il en avise le créancier garanti, que ce dernier ait la possibilité de s'y opposer, qu'il n'y ait pas mainlevée de l'arrêt et que la priorité du créancier garanti sur le produit de la cession soit préservée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.63/Add.7, par. 269, 278 à 280 et 292, ainsi que les Recommandations 44, 45 et 51).

27. Si la loi sur les opérations garanties applicable autorise le créancier garanti à disposer d'un bien en dehors de l'insolvabilité, la question se pose 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, le tribunal peut ordonner que les biens grevés soient remis au créancier garanti si leur valeur n'est pas suffisante pour satisfaire l'obligation garantie et si des indices raisonnables permettent de penser que le créancier garanti pourrait les vendre plus facilement et à un meilleur prix. [*Note au Groupe de travail: cette question est abordée de façon plus générale dans la Recommandation 42 figurant dans le Guide sur l'insolvabilité*]. 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

28. Dans la mesure où les biens grevés font partie de la masse de l'insolvabilité et où les droits des créanciers garantis sont affectés, les créanciers garantis se voient accorder le droit de participer activement à la procédure d'insolvabilité, y compris à toutes négociations visant à un règlement amiable (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11, par. 261 et 262, 269, 278 à 280 et 292, ainsi que la Recommandation 110). Par exemple, les créanciers garantis pourraient participer à des comités de créanciers chirographaires, et ne voter que sur les questions touchant les biens grevés, ou constituer des comités distincts.

29. Lorsque les créanciers garantis comptent sur les biens grevés pour obtenir le paiement de la totalité ou d'une partie de leurs créances, la loi sur l'insolvabilité pourrait leur permettre de participer à la procédure dans la mesure où leur créance n'est pas garantie. Lorsque les créanciers garantis ont remis leur sûreté au représentant de l'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité pourrait les autoriser à participer à la procédure dans la même mesure que les créanciers chirographaires ordinaires. Lorsque la créance d'un créancier garanti doit être modifiée dans le cadre d'un plan de redressement, ce créancier pourrait être autorisé à participer à la procédure de redressement.

d. Opposabilité des sûretés et actions en annulation

30. D'une manière générale, une sûreté qui est opposable au débiteur insolvable et à des tiers en dehors de l'insolvabilité devrait être reconnue opposable dans une procédure d'insolvabilité. Cependant, une contestation de l'opposabilité d'une sûreté dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité est normalement autorisée pour les mêmes motifs que ceux qui pourraient être invoqués pour contester n'importe quelle autre opération. Le représentant de l'insolvabilité ou les créanciers peuvent être autorisés à essayer d'annuler ou de priver autrement d'effet toutes opérations visant à faire échouer, entraver ou retarder le recouvrement des créances (opérations "frauduleuses"), ou les opérations préférentielles ou à un prix sous-évalué effectuées par le débiteur insolvable au cours d'une période déterminée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, par. 170 et Recommandation 71).

31. La constitution ou le transfert d'une sûreté est un transfert de biens soumis à ces dispositions générales et, si ce transfert est frauduleux, préférentiel ou à un prix sous-évalué, il peut être annulé ou privé d'effet. Autrement dit, une sûreté qui est efficace en vertu du régime d'opérations garanties d'un État peut, dans certaines circonstances, être privée d'effet en vertu du régime d'insolvabilité du même État. Il est donc nécessaire d'énoncer les motifs d'annulation d'une sûreté en des termes clairs et prévisibles.

32. Dans le cas d'une procédure de liquidation, le paiement du produit de biens grevés est non seulement autorisé mais aussi exigé, sauf s'il est annulable en vertu d'autres principes applicables.

e. Ordre de priorité des sûretés

33. Un régime d'opérations garanties établit l'ordre de priorité des droits sur les biens grevés. La certitude quant à l'ordre de priorité est essentielle pour la disponibilité et le coût du crédit. Il est donc important que la loi sur l'insolvabilité

respecte l'ordre de priorité des sûretés qui existait avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ("classement avant insolvabilité"). Les exceptions à ce principe devraient être limitées, en nombre et en somme d'argent, et leur existence et leur montant devraient être exprimés de manière transparente et prévisible (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, par. 423 à 425, et Recommandation 168). Par exemple, les exceptions pourraient 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.

34. Font par exemple exception au principe du respect du classement des sûretés avant insolvabilité les créances privilégiées (telles que salaires et indemnités impayés, dettes fiscales). La plupart des systèmes juridiques reconnaissent à ces créances une priorité par rapport aux seules créances non garanties, mais certains leur attribuent un rang supérieur même aux créances garanties. Il y a aussi une exception de ce type par exemple lorsqu'une partie de la masse, y compris des biens grevés, est réservée au profit de certaines catégories de créanciers chirographaires, tels que les salariés ou des catégories de personnes lésées par des actes du débiteur insolvable.

35. En règle générale, la valeur des biens grevés n'est pas soumise à un surcoût au titre de l'administration générale de la procédure d'insolvabilité. Le représentant de l'insolvabilité peut toutefois engager des dépenses pour l'entretien des biens grevés et les financer par prélèvement sur 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 une telle priorité au montant raisonnable des dépenses prévisibles qui préservent ou protègent directement les biens grevés.

f. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

36. 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 de la masse 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 insolvable de poursuivre l'activité de son entreprise pendant la procédure d'insolvabilité.

37. 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 opposables détenues par les créanciers antérieurs du débiteur insolvable (cas, par exemple, d'un prêteur titulaire de sûretés sur les sommes dues au débiteur insolvable 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 pourrait 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 une personne physique ou morale en sachant que, si cette personne devait faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ils risqueraient de perdre la valeur économique de leurs sûretés.

38. 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 à la masse par des fournisseurs de biens et de services, ou bien de prêts ou autres formes de crédit accordés par des prêteurs. Souvent, ces fournisseurs et prêteurs seront ceux qui auront déjà consenti des crédits au débiteur insolvable 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 de la masse) qu'ils seront remboursés. Mais là encore, il se peut que ces biens fassent déjà l'objet de sûretés opposables détenues par les créanciers antérieurs du débiteur insolvable 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 bénéficient d'une créance ou de sûretés prioritaires sur les biens existants ou futurs du débiteur insolvable que dans la mesure où la valeur économique de sûretés préexistantes est protégée.

39. 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 biens grevés ont une valeur sensiblement supérieure au montant des obligations dues aux créanciers garantis antérieurs, 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. Les mesures de nature à protéger cette valeur pourraient comprendre, 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.

40. Il est important, lorsque l'on accorde une protection à un créancier garanti antérieur, que celui-ci ne reçoive pas de droits supérieurs à ceux auxquels il aurait pu prétendre 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 non 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.

41. Une loi sur l'insolvabilité pourrait incorporer des dispositions spécifiques relatives au financement postérieur à l'ouverture, de manière à indiquer 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. Une telle loi pourrait disposer qu'un financement postérieur à l'ouverture qui affecte les droits des

créanciers garantis antérieurs ne peut être accordé que par une ordonnance d'un tribunal, à condition que toutes les parties affectées aient été dûment avisées et qu'elles aient le droit d'être entendues. En énonçant des règles explicites, une loi sur l'insolvabilité permet à un créancier d'envisager la possibilité d'un financement postérieur à l'ouverture lorsqu'il octroie un crédit à un débiteur solvable. De telles règles confèrent une plus grande transparence et une plus grande visibilité qu'un régime permettant simplement des conventions négociées entre le nouveau créancier et le représentant de l'insolvabilité (pour une discussion plus approfondie de ce sujet, voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, par. 416 à 420 et Recommandations 162 à 165).

g. Procédures de redressement

42. L'objectif principal d'une procédure de redressement est de maximiser la valeur de la masse de l'insolvabilité dans l'intérêt de toutes les parties prenantes en élaborant un plan de sauvetage de l'entreprise. Pour atteindre cet objectif, il peut être nécessaire qu'un créancier garanti participe à la procédure de redressement, en particulier si les biens grevés doivent être utilisés pour redresser l'entreprise du débiteur insolvable (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, par. 321, 325, 327, 329 à 334, 349 et 351).

43. Un corollaire important de l'exigence de participation du créancier garanti au redressement est toutefois qu'il ne faudrait pas que ce dernier se trouve contre son gré 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. L'idée générale serait que 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 insolvable aura besoin pour mettre en œuvre son plan de réorganisation et faire fonctionner l'entreprise redressée.

44. Si le créancier garanti doit participer au redressement, il se pourrait que le plan de redressement proposé contienne des dispositions portant atteinte à ses droits. Il peut néanmoins accepter d'être lié par le plan. Mais s'il refuse de l'être, la question se pose de savoir si ledit plan peut le lier contre son gré.

45. Si la loi sur l'insolvabilité dispose qu'un créancier garanti peut être lié par le plan de redressement contre son gré, elle devrait aussi préserver au moins la protection assurant que la valeur économique des sûretés ne sera pas réduite en vertu du plan sans son consentement. Au minimum, le créancier garanti ne devrait pas recevoir moins dans le cadre du plan que ce qu'il aurait reçu dans une procédure de liquidation, sauf s'il avait consenti au plan de redressement. 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 et, dans l'affirmative, à quelles conditions, en sachant avec certitude que ses sûretés seront protégées de façon adéquate en cas d'insolvabilité et si un plan de redressement devait être adopté malgré l'opposition de la catégorie dont fait partie le créancier garanti ou, selon le cas, du créancier garanti lui-même.

46. Il y a plusieurs exemples de moyens permettant de préserver la valeur économique des sûretés 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 devrait pas être inférieure à ce que le créancier garanti aurait reçu s'il avait saisi la justice. 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. Si le plan subordonne les droits du créancier garanti à ceux d'un autre créancier garanti, les biens grevés devraient avoir une valeur suffisante pour permettre à la fois aux créanciers garantis de premier rang et subordonnés d'être payés intégralement en cas de disposition des biens grevés. Si le plan prévoit le montant des obligations garanties à payer au cours du temps, le créancier garanti devrait conserver ses sûretés et la valeur actuelle des paiements futurs des obligations garanties. En outre, le taux d'intérêt sur les obligations garanties modifiées ne devrait pas être inférieur au montant que le créancier garanti aurait reçu s'il avait saisi la justice [*Note au Groupe de travail: le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que cette question n'est pas traitée dans le projet de Guide sur l'insolvabilité.*].

47. 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 être plus 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 dont la valeur actuelle peut dépendre de la performance future du débiteur insolvable et, par conséquent, comporter des éléments de risque à prendre en compte. Faute d'accord entre les parties en litige, le tribunal devra statuer sur la base des faits présentés si la valeur économique des sûretés est préservée.

h. Procédures de redressement accélérées

48. 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 insolvable 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 insolvable (généralement autres que les créanciers commerciaux) sont capables de s'entendre sur les conditions du redressement (voir A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, par. 369).

49. 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 pour approbation rapide (mais sous réserve des mêmes obligations de notification à tous les créanciers du débiteur insolvable 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. Certaines propositions de procédure accélérée

envisagent une moins grande intervention du tribunal et reposent principalement sur l'accord des principaux créanciers du débiteur insolvable, avec recours au tribunal uniquement à des fins limitées.

50. 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 insolvable 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 le choix du tribunal.

51. 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

52. En principe, les biens grevés devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité. Si l'opération sous-jacente porte sur le droit de propriété (transfert de propriété ou réserve de propriété), les biens ou les droits du débiteur insolvable portant sur les biens devraient faire partie de la masse (voir par. 7 à 19).

53. Les biens grevés devraient être soumis à l'arrêt des poursuites et aux autres restrictions connexes imposées. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser les conditions, la durée et les effets de l'arrêt et des restrictions connexes, ainsi que les motifs de la mainlevée qui peut être consentie aux créanciers garantis. En tout état de cause, la valeur des sûretés devrait être suffisamment protégée (voir par. 20 à 27).

54. Si les droits des créanciers garantis sont affectés, le régime d'insolvabilité devrait permettre à ces créanciers de participer activement à la procédure d'insolvabilité afin de protéger leurs droits (voir par. 28 et 29).

55. Sous réserve d'actions en annulation, les sûretés constituées antérieurement à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devraient être également opposables dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité (voir par. 30 à 32).

56. En règle générale, la procédure d'insolvabilité ne devrait pas modifier l'ordre de priorité 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 du crédit (voir par. 33 à 35).

57. 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 avant cette ouverture puisse tenir compte de la possibilité d'un financement postérieur avant d'accorder le crédit (voir par. 36 à 41).

58. Une loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux créanciers garantis de participer à une procédure de redressement. La valeur économique des sûretés devrait être préservée et, au minimum, les créanciers garantis ne devraient pas recevoir moins que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation (voir par. 42 à 47).

59. La procédure accélérée ne devrait pas laisser un créancier garanti moins bien loti que dans une procédure d'insolvabilité formelle, à moins qu'il n'y consente expressément (voir par. 48 à 51).
