



Assemblée générale

Distr.: Générale
2 mai 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarantième session
Vienne, 25 juin-12 juillet 2007

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du secrétariat*

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
XI. Insolvabilité	1-76	3
A. Remarques générales	1-76	3
1. Introduction	1-3	3
2. Terminologie	4-9	4
3. Principes généraux applicables aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité	10	5
4. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité.	11-15	5
a) Effets de l'insolvabilité: <i>lex fori concursus</i>	12-13	5
b) Exceptions à la <i>lex fori concursus</i>	14-15	6

* La présente note a été soumise trois semaines après la date limite, fixée à 10 semaines avant le début de la session, car il a fallu achever les consultations et modifier le texte en conséquence.



5.	Traitement des actifs grevés	16-35	6
	a) Identification des actifs qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité	17-23	7
	b) Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites	24-32	8
	c) Utilisation et disposition des actifs grevés	33-35	10
6.	Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	36-37	11
7.	Traitement des contrats	38-41	12
	a) Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme	38-40	12
	b) Continuation ou rejet des contrats	41	12
8.	Action en annulation	42-43	13
9.	Participation de créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité	44-45	13
10.	Procédure de redressement	46-54	14
	a) Approbation d'un plan de redressement	46-50	14
	b) Évaluation des actifs grevés	51-54	15
11.	Procédure de redressement accélérée	55-56	15
12.	Traitement des créances garanties	57-59	16
13.	Classement des créances garanties	60-65	16
14.	Opérations de financement d'acquisitions	66-72	18
	a) Biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition (approche unitaire)	67	18
	b) Biens soumis à un droit lié au financement de son acquisition (approche non unitaire)	68-72	18
15.	Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure	73-76	20
B.	Recommandations		21

XI. Insolvabilité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les lois sur les opérations garanties et les lois sur l'insolvabilité portent sur des points et ont des objectifs différents, dont certains peuvent se recouper lorsque les sûretés régies par une loi sur les opérations garanties sont affectées par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Une loi sur les opérations garanties vise à promouvoir le crédit garanti, c'est-à-dire un crédit à coût réduit, la sûreté réduisant le risque de non-paiement au créancier garanti ("défaillance"). Elle permet aux débiteurs de tirer parti de toute la valeur de leurs actifs, de développer leur entreprise et d'éviter la défaillance. En cas de défaillance d'un débiteur, elle vise à s'assurer que la valeur des actifs grevés protège le créancier garanti. Elle s'intéresse essentiellement à l'exercice effectif du droit qu'a chaque créancier de maximiser, si les obligations dues ne sont pas exécutées, la probabilité que la valeur économique des actifs grevés soit réalisée de manière à satisfaire ces obligations. Une loi sur l'insolvabilité, en revanche, porte principalement sur des questions commerciales et économiques collectives. Elle vise à maximiser les sommes recouvrées par l'ensemble des créanciers, premièrement en empêchant que ces derniers ne se précipitent pour faire valoir chacun ses droits sur les actifs d'un débiteur commun, deuxièmement en facilitant le redressement des entreprises commerciales viables et la liquidation de celles qui ne le sont pas. C'est pourquoi elle peut affecter les droits des créanciers garantis. Ainsi, les droits qu'a un créancier garanti de réaliser sa sûreté peuvent être différés à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

2. Étant donné que la modification d'une loi peut entraîner, pour les parties concernées par l'autre loi, des coûts d'opération et d'exécution imprévus et créer une tension entre les deux lois, le législateur qui révisé une loi existante ou en met en place une nouvelle dans le domaine soit de l'insolvabilité, soit des opérations garanties devra s'assurer que le texte nouveau ou révisé tient dûment compte de toute loi existante ou proposée dans l'autre domaine. Dans certains cas, la révision de l'une de ces lois peut faire apparaître la nécessité de réviser la loi ou d'en adopter une nouvelle dans l'autre domaine. En tout état de cause, dans la mesure où une loi sur l'insolvabilité a des effets sur les droits des créanciers garantis, ces effets devraient résulter de politiques bien conçues et être clairement spécifiés dans cette loi.

3. Les effets qu'a sur les sûretés l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont décrits en détail, pour ce qui concerne le droit de l'insolvabilité, dans le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (ci-après dénommé "*Guide sur l'insolvabilité*") que la CNUDCI a adopté le 25 juin 2004¹. Le présent chapitre a pour but de mettre en évidence, à la section A, certains des principaux points

¹ La décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et la résolution de l'Assemblée générale (résolution 59/40 du 2 décembre 2004) figurent dans le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10), annexe II. Ce guide, dont l'annexe III reprend la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour son incorporation, peut être consulté à l'adresse www.uncitral.org.

d'intersection entre une loi sur l'insolvabilité et une loi sur les opérations garanties. C'est pourquoi les recommandations du *Guide sur l'insolvabilité* qui ont un rapport particulier avec les sûretés sont reprises dans le présent guide. Pour une analyse plus complète, toutefois, des effets que peut avoir l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les sûretés, il faudrait lire le présent chapitre en parallèle avec les commentaires et recommandations du *Guide sur l'insolvabilité*. Le présent chapitre comporte aussi plusieurs recommandations supplémentaires portant sur des questions abordées dans le *Guide sur l'insolvabilité*, où elles n'ont cependant pas fait l'objet de recommandations. Toutes les recommandations figurent à la section B.

2. Terminologie

4. Le *Guide sur l'insolvabilité* et le présent guide emploient un certain nombre de termes qui ont été définis (voir le *Guide sur l'insolvabilité*, Introduction, Glossaire, et le présent guide, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). La section B du présent chapitre, qui contient les recommandations, contient également quelques définitions reprises du *Guide sur l'insolvabilité*, utiles pour comprendre les recommandations de ce dernier. Pour mieux comprendre les recommandations du *Guide sur l'insolvabilité*, on se reportera aux autres définitions qui y figurent.

5. Certains termes définis dans le *Guide sur l'insolvabilité* ne le sont pas à nouveau dans le présent guide, où ils ont donc le même sens que dans le *Guide sur l'insolvabilité*. Cependant, comme le présent chapitre porte, à la différence du *Guide sur l'insolvabilité*, sur des questions liées aux sûretés, les termes redéfinis dans le présent guide ont le sens qui leur est donné ici (à l'exception des par. [8] et [9] ci-dessous).

6. Ainsi, le terme "sûreté réelle mobilière" (ci-après "sûreté"), tel qu'il est employé dans le présent chapitre, a le sens qui lui est donné dans le présent guide, la définition du *Guide sur l'insolvabilité* étant plus large puisque le terme "sûreté réelle" y désigne plus généralement un "droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations" et peut donc englober les sûretés sur les biens immeubles et les sûretés non conventionnelles qui ne sont pas couvertes par la définition du présent guide (voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

7. De même, le terme "priorité", tel qu'il est employé dans le présent chapitre, a le sens qui lui est donné dans le présent guide, la définition du *Guide sur l'insolvabilité* étant plus restreinte puisqu'elle ne concerne que la priorité des créances dans le contexte de l'insolvabilité ("droit d'une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l'effet de la loi"). Dans le présent guide, le terme "priorité" désigne "le droit d'une personne d'obtenir l'avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent" (voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Dans le présent chapitre, pour évoquer la "priorité" dans une procédure d'insolvabilité, on emploie le terme "classement des créances" (voir, par exemple, par. [60] à [65] ci-après).

8. Dans le présent guide, le terme "débiteur" est défini comme désignant la personne qui doit exécuter l'obligation garantie. Comme cette définition ne

fonctionnerait pas bien dans le présent chapitre, le terme “débiteur” y a le sens que lui donne le *Guide sur l’insolvabilité* et désigne donc une personne qui remplit les conditions d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité (voir *Guide sur l’insolvabilité*, deuxième partie, chap. I, par. 1 à 11, et recommandation 8).

9. En outre, comme d’autres chapitres du présent guide emploient le terme “constituant” (personne qui constitue une sûreté) plutôt que “débiteur” (personne qui doit exécuter l’obligation garantie), ce dernier terme, tel qu’il est employé dans le présent chapitre, doit être interprété comme désignant le “constituant” dans les cas où le constituant est une personne autre que celle qui doit exécuter l’obligation garantie. Cette façon de procéder est nécessaire puisque ce n’est qu’en cas d’insolvabilité du tiers constituant que le créancier garanti a un droit réel sur les actifs grevés. En cas d’insolvabilité du débiteur non constituant, le créancier est un créancier chirographaire titulaire d’une créance non garantie contre ce débiteur.

3. Principes généraux applicables aux sûretés dans les procédures d’insolvabilité

10. Selon le *Guide sur l’insolvabilité*, la loi sur l’insolvabilité devrait reconnaître en principe, s’agissant de la sûreté et des droits qu’a le créancier garanti après défaillance, la constitution, l’opposabilité et la priorité instituées par la loi sur les opérations garanties (voir les recommandations 179 et 180 du présent guide). Aux fins, toutefois, de la procédure d’insolvabilité, il se peut qu’il faille, à l’ouverture de cette procédure, modifier ou affecter les droits qu’a le créancier garanti en dehors de celle-ci. Il est souhaitable, dans ce cas, qu’une loi sur l’insolvabilité prévoit également des protections appropriées pour le créancier garanti. Ce qui importe, pour l’offre de crédit garanti, c’est que la loi sur l’insolvabilité contienne des règles claires quant aux effets que la procédure d’insolvabilité a sur les droits du créancier garanti, de façon que ce dernier puisse quantifier les risques associés à l’insolvabilité et en tenir compte pour accorder ou non un crédit, et à quelles conditions.

4. Loi applicable dans la procédure d’insolvabilité

11. Il peut être difficile de déterminer la loi applicable à la constitution, à l’opposabilité et à la priorité de la sûreté et des droits qu’a le créancier garanti après défaillance lorsque la procédure d’insolvabilité est ouverte dans un État et que certains des actifs ou créanciers du débiteur se trouvent dans un autre État, ou lorsque des procédures sont ouvertes dans deux États différents du fait de la nature multinationale de l’entreprise du débiteur. Dans un cas comme dans l’autre, ce seraient les règles générales du droit international privé applicables en dehors de ces procédures qui régiraient ces questions. Cela ressort clairement de la recommandation 30 du *Guide sur l’insolvabilité*, selon laquelle l’État où une procédure d’insolvabilité est ouverte (c’est-à-dire l’État du for) devrait appliquer ses règles de droit international privé pour déterminer la loi qui régit des questions telles que la constitution, l’opposabilité ou la priorité d’une sûreté et des droits qu’a le créancier garanti après défaillance en dehors des procédures d’insolvabilité (voir aussi la recommandation 173 du présent guide).

a) Effets de l’insolvabilité: *lex fori concursus*

12. Une fois déterminées, conformément à la loi autre que la loi sur l’insolvabilité qui s’applique en dehors des procédures d’insolvabilité en vertu des règles de droit

international privé de l'État du for, la constitution, l'opposabilité et la priorité de la sûreté et des droits qu'a le créancier garanti après défaillance, il se pose une deuxième question, qui concerne les effets qu'a l'ouverture de procédures d'insolvabilité sur les sûretés: la réalisation de la sûreté est-elle suspendue, la sûreté sera-t-elle reconnue dans la procédure et, dans l'affirmative, quel sera son rang relatif? Le problème, dans cette deuxième phase, tient à la détermination de la loi applicable à ces effets de l'insolvabilité. Il est généralement admis que la loi sur l'insolvabilité de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) s'applique à l'ouverture, au déroulement, à l'administration et à la conclusion de cette procédure (aux "effets de l'insolvabilité"). C'est qui ce ressort de la recommandation 31 du *Guide sur l'insolvabilité*.

13. Des problèmes peuvent survenir lorsque la loi sur l'insolvabilité qui régit le rang de la sûreté modifie la priorité relative que celle-ci aurait en vertu de la loi sur les opérations garanties. Les catégories de créances qui, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, primeraient, lors de la répartition, une sûreté dans une procédure d'insolvabilité sont habituellement régies par la *lex fori concursus*. Au moment de définir ces catégories de créances dans la loi sur l'insolvabilité, il faudrait examiner la loi sur les opérations garanties en ce qui concerne la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation de la sûreté avant d'étudier la mesure dans laquelle, le cas échéant, le rang de priorité de la sûreté devrait être affecté par l'ouverture et l'administration d'une procédure d'insolvabilité.

b) Exceptions à la *lex fori concursus*

14. Si les effets qu'a la procédure d'insolvabilité sur les sûretés sont habituellement régis par la *lex fori concursus*, certains États n'en ont pas moins adopté des exceptions. Ainsi, tel État du for peut s'en remettre, pour ce qui est des effets de l'insolvabilité sur les sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles, à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel les biens immeubles sont situés (*lex rei sitae*). Le *Guide sur l'insolvabilité* traite de ces exceptions plus en détail (voir deuxième partie, chap. I, par. 85 à 90), mais ne recommande pas d'appliquer la *lex rei sitae* aux effets de l'insolvabilité sur des biens rattachés à des biens immeubles, voire, généralement, à des biens meubles. Au lieu de cela, il recommande, d'une manière générale, que toutes exceptions à l'applicabilité de la *lex fori concursus* aux effets de l'insolvabilité soient limitées en nombre et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 34 et deuxième partie, chap. I, par. 88).

15. La question de la loi sur l'insolvabilité qui s'applique est encore plus compliquée lorsque le débiteur fait l'objet de procédures concurrentes ouvertes dans différents États. Dans ce cas, le tribunal où une procédure est en cours peut s'en remettre au droit de l'insolvabilité de l'État où une autre procédure est en cours pour ce qui est des effets de l'insolvabilité sur une sûreté attachée à un actif grevé situé dans cet autre État.

5. Traitement des actifs grevés

16. Une sûreté peut être affectée, après l'ouverture d'une procédure, par les dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui définissent le champ ou traitent d'une autre manière, par exemple, des actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité, de l'arrêt ou de la suspension des poursuites engagées contre le

débiteur, du financement postérieur à l'ouverture de la procédure, de l'annulation des opérations qui ont eu lieu avant l'ouverture de la procédure, de l'approbation du plan de redressement et du rang de priorité des créances.

a) Identification des actifs qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité

17. L'identification des actifs du débiteur qui feront l'objet de la procédure d'insolvabilité est déterminante pour la bonne conduite de cette dernière. Les actifs dont le représentant de l'insolvabilité a le contrôle et qui font l'objet de la procédure constituent la "masse" (voir la définition des "actifs du débiteur" à la section B ci-après). Ainsi, la masse constituée à l'ouverture de la procédure comprendra, en règle générale, l'ensemble des biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, corporels (meubles ou immeubles) ou incorporels, où qu'ils se trouvent (dans le pays ou à l'étranger), et qu'ils soient en sa possession ou non au moment de l'ouverture de la procédure. Elle engloberait normalement les droits du débiteur sur des actifs grevés, ainsi que les actifs acquis par le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure et les actifs recouvrés au moyen d'une action en annulation.

i) Actifs grevés

18. Le fait d'inclure dans la masse les droits du débiteur sur des actifs grevés peut aider non seulement à garantir le traitement équitable des créanciers qui se trouvent dans la même situation, mais également à atteindre les objectifs de la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, les actifs en question sont essentiels pour le redressement du débiteur ou la vente de son entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine les actifs du débiteur qui entrent dans la masse (ainsi que ceux qui en sont exclus) et les effets qu'a l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les actifs grevés. Il souligne, en particulier, qu'il importe, pour le succès du redressement, d'inclure dans la masse les droits du débiteur sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 7 à 9) et de suspendre, à l'ouverture, certaines actions vis-à-vis de sûretés (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 36 à 40, 56, 57 et 59 à 69, et recommandation 46 et par. [25] et [26] ci-après).

ii) Actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

19. Selon les recommandations du *Guide sur l'insolvabilité* (voir recommandation 35, alinéa b)), un actif acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité entre généralement dans la masse de l'insolvabilité.

20. Par conséquent, même si le créancier garanti peut être titulaire d'une sûreté sur des actifs futurs du débiteur, cette sûreté ne devrait pas s'étendre aux actifs acquis par ce dernier après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir aussi la recommandation 176 du présent guide). Si la sûreté s'étendait généralement à ces actifs, le créancier garanti bénéficierait injustement, sans accorder de crédit supplémentaire au débiteur, de l'accroissement, découlant de l'acquisition d'actifs par le débiteur après l'ouverture de la procédure, des actifs grevés susceptibles d'être disponibles pour satisfaire l'obligation garantie. À l'inverse, d'autres créanciers de la masse seraient injustement lésés si les actifs non grevés de cette masse étaient utilisés après l'ouverture de la procédure pour acquérir des actifs

supplémentaires sur lesquels la sûreté du créancier garanti porterait automatiquement et qui serviraient à satisfaire l'obligation garantie.

21. Toutefois, si l'actif acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure est le produit d'un actif sur lequel le créancier garanti détenait une sûreté opposable avant l'ouverture de la procédure (ou rendue opposable après l'ouverture de la procédure mais pendant un délai de grâce), la sûreté devrait s'étendre à ce produit (voir recommandation 177 du présent guide). Dans le cas contraire, le créancier garanti n'obtiendrait pas l'avantage de sa sûreté sur un actif grevé dont il est disposé ou sur lequel il est reçu paiement après l'ouverture de la procédure et serait, compte tenu de ce risque, moins disposé à accorder au débiteur des crédits à des taux abordables, même si les perspectives d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étaient inexistantes.

22. On pourrait, pour illustrer ces points, donner un exemple. Soit un créancier garanti titulaire d'une sûreté non annulable sur l'ensemble des stocks existants et futurs du débiteur. Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le débiteur vend un bien immeuble qui n'est grevé d'aucune sûreté et utilise le produit en espèces de la vente pour acheter des stocks. La sûreté ne devrait pas s'étendre à ces stocks postérieurs à l'ouverture de la procédure. Le créancier garanti n'a accordé aucun crédit qui serait adossé à une sûreté sur les nouveaux stocks. En étendant la sûreté aux nouveaux stocks, on léserait les autres créanciers de la masse puisque le bien immeuble, actif non grevé qui aurait autrement pu servir à rembourser les créances de ces créanciers, aurait servi à accroître les actifs disponibles pour satisfaire l'obligation garantie. Il en résulterait que la valeur des stocks supplémentaires serait moins susceptible d'être disponible pour rembourser les créances des autres créanciers alors même qu'elle découlerait d'un bien immeuble qui aurait été pleinement disponible à cette fin.

23. Par contre, si les nouveaux stocks étaient acquis grâce au produit en espèces de la vente, par le débiteur, de stocks qui existaient à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et sur lesquels le créancier garanti détenait une sûreté non annulable, cette dernière devrait s'étendre aux stocks acquis après l'ouverture de la procédure. Avant l'ouverture, le créancier garanti avait accordé au débiteur un crédit adossé à une sûreté sur des stocks que le débiteur a vendus ensuite, après l'ouverture. Les nouveaux stocks remplacent en fait les stocks vendus. Le créancier garanti n'est pas injustement favorisé et les autres créanciers ne sont pas injustement lésés.

b) Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites

24. Une loi efficace sur l'insolvabilité a deux grands objectifs: s'assurer que la valeur de la masse de l'insolvabilité ne subit aucune dépréciation due aux actions des diverses parties et permettre que la masse soit administrée d'une manière équitable et ordonnée. Nombre de lois y parviennent en imposant un arrêt qui empêche les créanciers d'engager des actions individuelles ou collectives pour recouvrer leurs créances ou exercer toute voie de droit ou mener toute procédure contre le débiteur ou les actifs de la masse, et qui suspend toute action de ce type qui pourrait être pendante. Lorsque l'arrêt s'applique à compter de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il peut être complété par des mesures provisoires ordonnées par le tribunal pour protéger les actifs du débiteur et l'intérêt collectif des créanciers entre le moment où la demande d'ouverture de la procédure est déposée et celui où le tribunal y donne suite. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine en détail

le champ des actions auxquelles un arrêt impératif ou provisoire des poursuites s'applique (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 30 à 40); le moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites et la durée (y compris la prorogation) de l'arrêt (voir deuxième partie, chap. II, par. 41 à 53 et 58); et les mesures destinées à protéger les intérêts des créanciers garantis (voir deuxième partie, chap. II, par. 59 à 69).

i) Portée de l'arrêt des poursuites

25. Certains États font porter l'arrêt sur toutes les actions engagées contre le débiteur, qu'elles soient judiciaires ou non, y compris celles engagées par des créanciers garantis et des tiers propriétaires. L'arrêt s'étend habituellement aux actions tendant à la réalisation d'une sûreté par prise de possession et vente, location ou autre mode de disposition des actifs grevés (ou par un autre moyen de réalisation exposé au chapitre X, Droits après défaillance, du présent guide). Il s'étend aussi aux actions tendant à constituer une sûreté ou à rendre une sûreté opposable. Certaines lois sur l'insolvabilité opèrent une distinction entre liquidation et redressement pour ce qui concerne l'application et la durée de l'arrêt des actions engagées par des créanciers garantis ou des tiers propriétaires. Un nombre croissant de lois sur l'insolvabilité reconnaissent que, si le fait de limiter la réalisation des sûretés risque d'influer négativement sur le coût du crédit et l'offre de crédit, le fait d'exclure les actions engagées par les créanciers garantis de la portée de l'arrêt pourrait contrarier les objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité. Cela est particulièrement vrai en cas de redressement, puisqu'il est bien souvent indispensable que le débiteur puisse continuer à utiliser des actifs grevés pour faire fonctionner et, par conséquent, redresser l'entreprise. Tous les effets néfastes que l'arrêt est susceptible d'avoir peuvent être atténués par des mesures visant à protéger la valeur économique des actifs grevés contre toute dépréciation (voir par. 29 à 31 ci-après).

26. Si une sûreté est opposable au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il faut exclure de la portée de l'arrêt toute action que le créancier garanti pourrait devoir engager pour qu'elle reste opposable. Ainsi, la loi sur les opérations garanties pourrait prévoir un délai de grâce pour l'inscription de certaines sûretés, comme les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, sur le registre général des sûretés (voir la recommandation 189, al. b), du présent guide); en règle générale, l'arrêt ne devrait pas avoir d'incidences sur l'inscription au cours d'un tel délai de grâce (même si ce dernier expire après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité).

ii) Durée de l'arrêt

27. Dans les procédures de redressement, sous réserve des mesures de protection décrites ci-dessous, il est souhaitable que l'arrêt s'applique aux créanciers garantis pendant une période suffisante pour assurer la bonne administration du redressement et empêcher que des actifs grevés ne soient soustraits de la masse avant que la manière de les traiter ne soit décidée et qu'un plan approprié ne soit approuvé.

28. Il est également souhaitable que l'arrêt s'applique aux créanciers garantis dans les procédures de liquidation, en particulier pour permettre la vente de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. L'arrêt pourrait s'appliquer pendant une courte période (30 à 60 jours, par exemple), clairement indiquée dans la loi sur

l'insolvabilité et prorogable dans certaines circonstances, mais il pourrait aussi s'appliquer pendant toute la procédure de liquidation sous réserve du prononcé, par le tribunal, de son aménagement dans certaines circonstances (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 49).

iii) *Protection des créanciers garantis*

29. Une loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures destinées à protéger les créanciers garantis titulaires de sûretés dont la valeur économique pâtit de l'arrêt. Ces mesures pourraient prendre la forme d'un aménagement de l'arrêt des poursuites ou d'une libération des actifs grevés. Même en l'absence de demande d'aménagement de l'arrêt, une loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti a le droit d'être protégé contre la dépréciation des actifs grevés et que le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 50).

30. Les motifs d'aménagement de l'arrêt ou de libération de l'actif grevé pourraient comprendre les cas où, par exemple, cet actif n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle vente de l'entreprise débitrice; sa valeur diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et, dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également qu'une fois l'aménagement accordé et l'arrêt levé vis-à-vis d'actifs grevés donnés, ces actifs peuvent être remis au créancier garanti. Le créancier garanti pourrait alors réaliser sa sûreté conformément à la loi (autre que la loi sur l'insolvabilité) applicable. Tout excédent restant après paiement de l'obligation garantie entrerait dans la masse.

31. Au centre de la protection contre la dépréciation se trouve le mécanisme qui permet de déterminer à la fois la valeur des actifs grevés et le moment de leur évaluation, selon l'optique dans laquelle cela doit être déterminé. Il peut être nécessaire d'évaluer l'actif à différents moments de la procédure d'insolvabilité, par exemple à l'ouverture puis au cours de la procédure, ou seulement au cours de la procédure. La question de la base sur laquelle cette évaluation devrait être faite (par exemple, valeur d'exploitation ou valeur de liquidation) se pose également. La valeur d'un actif grevé peut, au moins dans le premier cas, être déterminée d'un commun accord entre les parties avant l'ouverture de la procédure ou peut devoir l'être par le tribunal sur la base de certains éléments (étude des marchés, situation du marché et témoignages d'experts, notamment).

32. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine le moment de l'évaluation et différents mécanismes d'évaluation (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 66 à 68).

c) Utilisation et disposition des actifs grevés

33. Les créanciers garantis seront intéressés par la manière dont les actifs grevés sont traités après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et, en particulier, par l'utilisation et la disposition de ces actifs.

34. Lorsque les droits du débiteur sur des actifs grevés entrent dans la masse de l'insolvabilité, leur traitement dépend de ce dont la loi sur l'insolvabilité dispose en ce qui concerne, par exemple, l'application de l'arrêt, la constitution d'une nouvelle

sûreté sur ces actifs, leur utilisation au cours de la procédure d'insolvabilité, leur vente ou disposition, la renonciation à ces actifs et la vente des actifs grevés libres de toute sûreté. Certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple, prévoient que seul le représentant de l'insolvabilité peut disposer des actifs grevés en cas de liquidation ou de redressement. D'autres prévoient que son pouvoir de disposer des actifs grevés en cas de liquidation est limité dans le temps et qu'à l'expiration de la période fixée, le créancier garanti peut exercer ses droits.

35. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine les conditions dans lesquelles des actifs grevés libres de toute sûreté peuvent être vendus (par exemple, le fait que la sûreté sur un actif doit s'étendre au produit de la vente de cet actif) et les mesures de protection dont doivent bénéficier les créanciers garantis qui ont des droits sur des actifs grevés qui sont ainsi vendus, notamment l'obligation d'aviser ces créanciers de tout projet de vente ou autre acte de disposition des actifs grevés et de leur donner la possibilité de s'y opposer (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 74 à 89).

6. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

36. Dans les procédures de liquidation et de redressement, un représentant de l'insolvabilité peut demander à disposer de fonds pour continuer à faire fonctionner l'entreprise. Les actifs liquides de la masse, espèces ou autres actifs convertibles en espèces (tels que le produit attendu de créances liquides) et libres de toute sûreté antérieure opposable, peuvent ne pas suffire à couvrir les dépenses prévues. Si les actifs liquides non grevés ou la trésorerie attendue sont insuffisants, le représentant de l'insolvabilité doit obtenir des fonds auprès de tiers. Ces derniers, qui sont souvent les prêteurs qui ont accordé un crédit au débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne seront, en règle générale, disposés à accorder le crédit nécessaire que s'ils reçoivent l'assurance (sous forme de créance prioritaire ou de sûreté prioritaire sur les actifs de la masse) qu'ils seront remboursés.

37. Pour tous ces arrangements de financement (ci-après dénommés collectivement "financement postérieur à l'ouverture de la procédure"), il est essentiel que les droits qu'ont les créanciers garantis antérieurs à l'ouverture de la procédure de recevoir la valeur économique des actifs grevés soient dûment protégés contre la dépréciation (à condition que la sûreté ait été opposable avant l'ouverture de la procédure ou après l'ouverture, mais au cours du délai de grâce). Alors que certains pays autorisent, dans des cas limités, pour garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la constitution d'une sûreté primant une sûreté antérieure, la constitution de cette sûreté (parfois dénommée "privilège") ne devrait être permise que lorsque certaines conditions sont remplies, notamment le fait que les droits qu'ont les créanciers garantis antérieurs à l'ouverture de la procédure de recevoir la valeur économique des actifs grevés soient dûment protégés contre la dépréciation. La question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure est examinée en détail dans la deuxième partie, chap. II, par. 94 à 107, du *Guide sur l'insolvabilité*.

7. Traitement des contrats

a) Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

38. Les parties à des conventions constitutives de sûretés ont intérêt, pour le traitement en cas d'insolvabilité, à disposer de clauses qui définissent les cas de défaut d'exécution donnant lieu à la résiliation automatique ou à la déchéance du terme dans le cadre de la convention. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent l'annulation de ce type de clause à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais cette façon de procéder ne s'est pas encore généralisée. L'incapacité de porter atteinte de cette manière aux principes généraux du droit des contrats peut toutefois rendre impossible le redressement lorsque le contrat porte, par exemple, sur un actif nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité.

39. On peut contrebalancer les effets négatifs de l'annulation de ce type de clause en prévoyant le dédommagement des créanciers pouvant démontrer qu'ils ont subi un préjudice ou une perte en raison de la continuation du contrat après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. On pourrait en outre inclure une exception à une annulation générale de ces clauses pour certains types de contrats. La loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir, par exemple, qu'une telle clause ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer un crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

40. Toutefois, si la clause contractuelle en question porte sur l'obligation qu'a la partie non visée par la procédure d'insolvabilité d'accorder un crédit supplémentaire ou d'autres facilités financières au débiteur, l'autre partie devrait être libérée de cette obligation. Il ne serait pas équitable d'exiger un crédit supplémentaire d'une partie insolvable lorsque les chances de remboursement sont considérablement réduites. Il serait particulièrement inéquitable d'exiger l'octroi de crédits après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité si, comme cela est décrit au paragraphe [20], aucun actif grevé supplémentaire n'est accordé après l'ouverture au créancier garanti. L'obligation d'accorder des crédits supplémentaires diffère d'autres obligations contractuelles où l'autre partie peut escompter le recouvrement des créances par le débiteur ou par son représentant de l'insolvabilité ou prendre des dispositions à cet effet (voir la recommandation 178 du présent Guide).

b) Continuation ou rejet des contrats

41. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des solutions différentes en ce qui concerne la poursuite de l'exécution ou le rejet des contrats. Le *Guide sur l'insolvabilité* aborde un certain nombre de questions liées au traitement des contrats à l'ouverture de la procédure, y compris les procédures qui visent à déterminer s'il convient de poursuivre l'exécution des contrats ou de les rejeter, le traitement des contrats lorsque le débiteur est défaillant à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les effets de la poursuite de l'exécution ou du rejet, les crédits-bails, la cession de contrats, les types de contrat pour lesquels des exceptions peuvent être exigées et les contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 108 à 147). En tout état de cause, ce qui importe, pour un créancier garanti, c'est que le rejet d'une convention constitutive de sûreté ne met pas fin ni ne porte atteinte aux obligations garanties

déjà souscrites, ni n'éteint la sûreté, et que les contrats financiers et les engagements de crédit sont fréquemment exclus du champ d'application des lois sur l'insolvabilité qui régissent le traitement des contrats de manière plus générale (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 208 à 215).

8. Action en annulation

42. Comme mentionné ci-dessus, la loi sur l'insolvabilité reconnaît en principe l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière; c'est une question de droit des opérations garanties. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, néanmoins, la sûreté peut être annulée pour les mêmes motifs que ceux invoqués pour toute autre opération. Ainsi, l'opération peut être annulée au motif qu'il s'agit d'une opération préférentielle, d'une opération à prix sous-évalué ou d'une opération qui vise à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances. Autrement, le débiteur pourrait grever ses actifs pour privilégier un créancier sur les autres à la veille de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou, sans obtenir la valeur correspondante, nuire à d'autres créanciers. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine les types d'opérations susceptibles d'annulation, la période suspecte, la conduite de l'action en annulation et la responsabilité des autres parties à une opération annulée (voir deuxième partie, chap. II, par. 148 à 203).

43. Parmi les sûretés réelles mobilières susceptibles d'annulation, on peut citer, par exemple, une sûreté constituée peu de temps avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour garantir une dette antérieure; une sûreté pour laquelle une ou plusieurs des mesures requises pour la rendre opposable ont été prises après sa constitution et après l'expiration de tout délai de grâce applicable (voir la recommandation 189 b) du présent Guide), mais pendant la période suspecte; et l'acceptation d'un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle des obligations garanties (voir la recommandation 148 du présent Guide) à un prix nettement inférieur à sa valeur réelle.

9. Participation de créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité

44. Lorsque des actifs grevés font partie de la masse de l'insolvabilité et que les droits des créanciers garantis sont affectés par la procédure d'insolvabilité, ces créanciers devraient avoir le droit de participer à la procédure d'insolvabilité. Dans certains cas, l'étendue du droit qu'a un créancier garanti de se prononcer par vote sur certaines questions peut dépendre de la mesure dans laquelle l'obligation garantie excède la valeur de l'actif grevé. Le degré de participation peut être prescrit par une loi sur l'insolvabilité et cette participation peut notamment consister à voter sur des points spécifiés par la loi, comme la sélection (et la révocation) du représentant de l'insolvabilité, l'approbation d'un plan de redressement et la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires.

45. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine d'une manière générale les questions liées à la participation des créanciers et les mécanismes qui peuvent être utilisés pour faciliter cette participation (voir deuxième partie, chap. III, par. 75 à 115).

10. Procédure de redressement

a) Approbation d'un plan de redressement

46. La question de savoir si un créancier garanti a le droit de participer à l'approbation d'un plan de redressement dépendra de la manière dont la loi sur l'insolvabilité traite les créanciers garantis et, en particulier, de la mesure dans laquelle le plan de redressement peut modifier ou porter atteinte à leurs sûretés. La valeur de l'actif grevé par rapport à la créance permettra de déterminer si le créancier participe en tant que créancier garanti ou chirographaire.

47. Lorsqu'un plan de redressement propose de porter atteinte aux droits de créanciers garantis ou de les modifier, ces derniers devraient avoir la possibilité de se prononcer par vote sur l'approbation de ce plan. À cet effet, certaines lois sur l'insolvabilité classent les créanciers, y compris les créanciers garantis, en fonction de la nature de leurs droits et intérêts. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que les créanciers garantis votent ensemble en tant que catégorie distincte de celle des créanciers chirographaires; d'autres prévoient que chaque créancier garanti constitue une catégorie en soi. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine la procédure de redressement de manière relativement détaillée (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. IV, par. 26 à 75), y compris le vote des créanciers garantis (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. IV, par. [38] à [44]).

48. Lorsque les créanciers garantis participent à la procédure d'approbation, la question se pose de savoir s'ils sont liés par le plan même s'ils s'y sont opposés ou se sont abstenus. Lorsque les créanciers garantis votent par catégorie, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que si la majorité requise dans une catégorie vote l'approbation du plan, les membres de cette catégorie qui n'ont pas approuvé le plan seront liés par ce dernier, sous réserve de certaines protections (ils recevront, par exemple, au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation ou seront, dans un certain délai, désintéressés à hauteur de la valeur de leur sûreté réelle majorée d'intérêts au taux du marché). D'autres lois habilent le tribunal à arrêter que les créanciers garantis sont liés par le plan, sous réserve qu'il soit convaincu que certaines conditions (le fait, par exemple, que les sûretés sont suffisamment protégées et que la situation des créanciers garantis ne se détériorera pas d'avantage par l'effet du plan) sont remplies. D'autres lois, encore, prévoient qu'on ne peut imposer le plan aux créanciers garantis ou à la catégorie de créanciers garantis sans leur consentement.

49. Plusieurs exemples illustrent la façon dont on peut, dans un plan de redressement, préserver la valeur économique des sûretés, même si elles sont affectées ou modifiées par ce plan. Si le plan prévoit, à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, un versement en espèces à un créancier garanti, ce versement ou, s'il est échelonné, sa valeur actualisée ne devraient pas être inférieurs à ce que le créancier garanti aurait reçu en cas de liquidation. Pour déterminer cette valeur, il faudra tenir compte de l'utilisation de ces biens et des objectifs de l'évaluation. Une telle évaluation se fondera non seulement sur la valeur de liquidation stricte de l'actif, mais aussi sur sa valeur d'exploitation. Ainsi, si le débiteur reste en possession du bien et continue de l'utiliser dans le cadre du plan de redressement en vue de la poursuite de l'activité ou s'il vend l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, cette valeur devra être fixée par rapport à la valeur d'exploitation plutôt qu'à celle du bien considéré séparément.

50. Si le plan oblige le créancier garanti à libérer une partie des actifs grevés, il pourra également prévoir la possibilité de soumettre à la sûreté du créancier garanti des actifs de remplacement d'une valeur au moins égale, à moins qu'en disposant des actifs grevés restants, le créancier garanti puisse se rembourser intégralement.

b) Évaluation des actifs grevés

51. Les recommandations 49 c) ii), 50, 51 b), 54 a), 58 d), 59 c) et 67 c) du *Guide sur l'insolvabilité* prévoient, de manière générale, la protection de la valeur des actifs grevés dans les procédures d'insolvabilité. La recommandation 152 b) prévoit que chaque créancier, y compris un créancier garanti, recevra au moins autant dans le cadre d'un plan homologué par un tribunal que ce qu'il aurait reçu en cas de liquidation. Les questions à prendre en compte pour déterminer la valeur des actifs grevés sont examinées dans le *Guide sur l'insolvabilité* (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 66 à 69, et le par. 31 ci-dessus).

52. Pour déterminer la valeur de liquidation des actifs grevés dans une procédure de redressement (aux fins de l'application de la recommandation 152 b) du *Guide sur l'insolvabilité*), il faudra tenir compte de l'utilisation des actifs grevés et des objectifs de l'évaluation. La valeur de liquidation des actifs pourra se fonder sur leur valeur d'exploitation (voir la recommandation 183 du présent Guide).

53. Ainsi, si le débiteur reste en possession des actifs grevés ou en dispose dans le cadre de la vente de son entreprise en vue de la poursuite de l'activité, la valeur d'exploitation des actifs grevés qu'il conserve, si elle est supérieure à la valeur de liquidation des actifs grevés distincts qui ne sont pas utilisés en vue de la poursuite de l'activité, représente peut-être mieux la véritable valeur des actifs grevés compte tenu de l'utilisation qui sera faite de ces derniers.

54. La valeur d'exploitation pourra en outre être celle sur laquelle le créancier s'est fondé pour accorder un crédit au débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le créancier garanti pourra avoir accordé un crédit sur la base des actifs grevés utilisés dans l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité et générant les bénéfices nécessaires au remboursement du créancier garanti.

11. Procédure de redressement accélérée

55. Ces dernières années, une attention particulière a été accordée à l'élaboration d'une procédure de redressement accélérée (procédure ouverte pour donner effet à un plan négocié et convenu par les créanciers concernés lors de négociations volontaires de restructuration qui ont eu lieu avant l'ouverture de la procédure, lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le tribunal à accélérer la conduite de cette procédure). Les négociations volontaires de restructuration menées avant l'ouverture de la procédure concernent généralement les créanciers, y compris des créanciers garantis, dont la participation est requise pour garantir un redressement efficace ou dont les droits seront affectés par le redressement.

56. Les règles procédurales applicables à la procédure de redressement accélérée prévoiraient pour l'essentiel les mêmes garanties et les mêmes protections que celles applicables aux procédures de redressement ordinaires contrôlées par un tribunal. Étant donné, toutefois, que le plan de redressement a déjà été négocié et convenu par la majorité requise des créanciers lors de l'ouverture de la procédure accélérée, plusieurs des dispositions procédurales d'une loi sur l'insolvabilité qui

porterait sur la procédure ordinaire contrôlée par un tribunal pourront être modifiées ou ne pas s'appliquer (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. IV, par. 87 à 92).

12. Traitement des créances garanties

57. C'est essentiellement au sujet des créanciers garantis que se pose la question de savoir si la déclaration de créances doit ou non être exigée. Dans les lois sur l'insolvabilité qui n'incluent pas les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité et qui autorisent les créanciers garantis à réaliser librement leur sûreté réelle sur ces actifs, ces créanciers peuvent être dispensés de l'obligation de déclarer leur créance dans la mesure où celle-ci sera couverte par la valeur de vente de l'actif grevé (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. V).

58. Une autre approche exige des créanciers garantis qu'ils déclarent une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de leur sûreté réelle, qu'une partie de leur créance soit ou non chirographaire. Cette obligation ne vaut, dans certaines lois, que pour les détenteurs de certains types de sûreté réelle, tels que les charges flottantes, les actes de vente ou les hypothèques mobilières. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent aussi les créanciers garantis à remettre leur sûreté au représentant de l'insolvabilité et à déclarer une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de la sûreté. L'obligation de déclaration imposée aux créanciers garantis a pour but de renseigner le représentant de l'insolvabilité sur l'existence de toutes les créances, sur l'étendue de l'obligation garantie et sur la description des actifs grevés. Quelle que soit la solution retenue, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des règles claires sur le traitement des créanciers garantis en matière de déclaration de créances.

59. Lorsque le montant de la créance ne peut être déterminé, ou ne l'a pas été, au moment de la déclaration, de nombreuses lois sur l'insolvabilité autorisent l'admission provisoire de la créance, sous réserve que lui soit attribuée une valeur fictive. La détermination de la valeur d'une telle créance soulève un certain nombre de questions, comme celle de savoir à quelle date la valeur doit être déterminée et si elle doit être liquide (auquel cas elle devra être examinée par un tribunal) ou estimative (auquel cas le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou quelque autre personne désignée à cet effet pourrait se charger de la déterminer). Lorsqu'un tribunal est tenu de trancher, une question connexe est de savoir quel tribunal sera compétent (le tribunal de l'insolvabilité ou autre) et quel effet tout retard dans la décision aura sur la conduite de la procédure d'insolvabilité. Pour ce qui est du moment de l'évaluation, de nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que ce soit la date effective de l'ouverture de la procédure (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. V, par. 38).

13. Classement des créances garanties

60. Une loi sur les opérations garanties fixe l'ordre de priorité des sûretés par rapport aux droits des réclamants concurrents (pour la définition des termes "réclamants concurrents" et "priorité", voir le document A/CN.9/631, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation), des créanciers judiciaires qui détiennent une sûreté réelle mobilière et des acheteurs de biens grevés. De nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent la priorité des sûretés avant l'insolvabilité et classent les créances garanties avant les frais d'administration et

les autres créances (créances fiscales ou créances salariales, par exemple). Lorsque, cependant, le représentant de l'insolvabilité a dépensé les ressources non grevées de la masse pour maintenir ou préserver la valeur des actifs grevés, ces dépenses pourront se voir attribuer un rang de priorité plus élevé que les créances garanties et être, en conséquence, recouvrées du produit de la vente d'actifs grevés ou de la valeur qui leur est attribuée (voir la recommandation 182 du présent Guide).

61. D'autres lois classent les créances garanties après les frais d'administration et d'autres créances spécifiées (généralement non garanties) (créances salariales et fiscales, par exemple) ou limitent le montant auquel une créance garantie se verra accorder un rang de priorité plus élevé à un certain pourcentage de cette dernière.

62. L'octroi d'un rang de priorité plus élevé à certaines créances non garanties, qui se fonde souvent sur des considérations de politique sociale, a des répercussions sur l'offre et sur le coût du crédit garanti. On limite parfois le montant que recouvre un créancier garanti sur la valeur des actifs grevés en cas de sûreté constituée sur la totalité des actifs du débiteur afin d'accorder une certaine protection aux créanciers chirographaires (souvent à hauteur d'un montant limité).

63. Selon une autre approche, les créanciers garantis postérieurs à l'ouverture de la procédure pourront avoir la priorité sur des créanciers garantis antérieurs à celle-ci (voir les par. 36 et 37 ci-dessus) à condition que les droits des créanciers antérieurs puissent être protégés.

64. Dans les situations où la loi sur l'insolvabilité confère des privilèges particuliers à certains types de créances auxquelles elle accorde la priorité sur les créances garanties (privilège pour le paiement d'une créance fiscale ou autres créances non garanties, par exemple), il est souhaitable de limiter au minimum ces privilèges, et de les énoncer ou de les mentionner clairement dans la loi sur l'insolvabilité (voir la recommandation 180 du présent Guide). Ainsi, le régime de l'insolvabilité sera transparent et prévisible pour ce qui est de son impact sur les créanciers, et les créanciers garantis pourront évaluer plus précisément les risques auxquels ils s'exposent. Ces questions sont examinées plus avant dans le *Guide sur l'insolvabilité* (deuxième partie, chapitre V, par. 51 à 79).

65. Comme on l'a vu plus haut, la loi sur l'insolvabilité respecte en général la priorité des sûretés antérieures à l'ouverture de la procédure (lorsque la sûreté a été rendue opposable avant l'ouverture de la procédure ou après, mais pendant un délai de grâce), sous réserve des privilèges dont pourraient bénéficier d'autres créances en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Il en va de même pour la priorité des sûretés établie par cession de rang (modification du rang de priorité d'une sûreté par accord de cession de rang, arrêt du tribunal ou, même, décision unilatérale; voir la recommandation 181 du présent Guide). Le déclassement ne devrait toutefois pas avoir pour effet d'accorder à un créancier garanti un rang supérieur à celui qui lui aurait été normalement accordé en tant que créancier particulier ou que membre d'une classe de créanciers garantis en vertu de la loi applicable. Cela signifie que si des créanciers garantis A, B et C se classent de sorte que A est premier, B est deuxième et C est troisième, et A renonce à sa priorité en faveur de C, B ne bénéficiera pas d'un rang de priorité supérieur à celui que A aurait eu pour recouvrer le montant de sa créance. Cela signifie en outre qu'un créancier garanti qui obtiendrait une cession de rang d'un créancier garanti appartenant à une classe ne pourrait bénéficier d'un rang de priorité supérieur au rang de cette classe.

14. Opérations de financement d'acquisitions

66. Le traitement, en cas d'insolvabilité, des sûretés et autres droits en garantie de l'exécution d'une obligation est le principal souci des créanciers d'un acheteur, d'un preneur à bail ou d'un emprunteur. Ce traitement peut varier considérablement en fonction des caractéristiques de tout droit particulier. D'une manière générale, mais non universelle, dans les systèmes juridiques qui ne considèrent pas les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, les contrats de vente assortis d'une clause de réserve de propriété ou les crédits-bails sont soumis, en cas d'insolvabilité de l'acheteur ou du preneur à bail, aux règles qui régissent les contrats partiellement exécutés (en d'autres termes, ils sont traités comme une modalité de transfert de la propriété).

a) Biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition (approche unitaire)

67. Dans les États qui intègrent dans leur loi sur les opérations garanties toutes les formes de droits liés au financement d'acquisitions, les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails sont traités, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur, de la même manière qu'une sûreté non liée à une acquisition, en tenant compte de toute priorité spéciale qu'accorde à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition la loi autre que la loi sur l'insolvabilité (voir la recommandation 174 – approche unitaire – du présent Guide). Il s'ensuit que les dispositions du *Guide sur l'insolvabilité* applicables aux sûretés s'appliqueraient aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition (pour une définition des termes "sûreté", "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "réserve de propriété" et "crédit-bail", ainsi que d'autres termes pertinents, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

b) Biens soumis à un droit lié au financement de son acquisition (approche non unitaire)

68. La conséquence observée au paragraphe [67] se produit également dans certains États qui traitent séparément les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails, mais les soumettent, ainsi que les arrangements similaires, aux mêmes règles que celles applicables aux sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions, tout en reconnaissant tout rang de priorité spécial qu'accorde aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition la loi autre que la loi sur l'insolvabilité (recommandation 174 (alternative A) – approche non unitaire – du présent Guide).

69. Lorsque la sûreté en garantie du paiement d'une acquisition est traitée de la même façon qu'une sûreté ordinaire (autre qu'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition), le représentant de l'insolvabilité peut normalement utiliser, vendre ou louer les actifs grevés à condition de donner au créancier garanti des actifs de remplacement ou de protéger contre toute dépréciation la valeur de la sûreté que ce créancier détient sur les biens. Dans de telles situations, toute partie des obligations garanties qui dépasse la valeur de la sûreté que le créancier garanti détient sur les biens est traitée comme une créance chirographaire ordinaire et lors du redressement du constituant, la créance du créancier garanti peut, jusqu'à concurrence de la valeur de la sûreté, être réaménagée (comme dans le cas des

sûretés autres que celles constituées en garantie du prix d'achat) avec, notamment, une échéance, un échéancier et un taux d'intérêt différents.

70. Lorsque les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails sont considérés comme des contrats partiellement exécutés (ou comme une modalité de transfert de la propriété), le représentant de l'insolvabilité a le droit, pendant une période déterminée et s'il le souhaite et en a la possibilité, d'exécuter le contrat a) en s'acquittant du solde impayé du prix et en intégrant les biens à la masse; ou b) en continuant de verser les loyers dus. Dans certains cas, le représentant de l'insolvabilité peut céder le contrat, assorti du droit d'utiliser les biens (ce qui, dans le cas d'un contrat-bail, requiert le consentement du bailleur), à un tiers. Il peut, également, rejeter le contrat, restituer les biens et réclamer le remboursement de la partie du prix d'achat payée par l'acheteur, moyennant une déduction pour dépréciation et utilisation avant la procédure d'insolvabilité. Dans le cas d'un crédit-bail, le représentant de l'insolvabilité peut annuler le reste du bail et restituer les biens au bailleur. Toutefois, si les biens sont indispensables pour assurer le succès du redressement de l'acheteur, le représentant de l'insolvabilité ne pourra, dans la pratique, que choisir la première possibilité (exécution du contrat comme convenu). La nécessité d'exécuter le contrat comme convenu (et de conserver, par exemple, du matériel utile, même si sa valeur est inférieure à son prix) pourra obliger le représentant de l'insolvabilité à utiliser, pour financer cette exécution, d'autres actifs de la masse au détriment d'autres aspects du redressement du constituant (voir la recommandation 174 (variante B) – approche non unitaire – du présent Guide).

71. Lorsque la réserve de propriété et des arrangements similaires tels que le crédit-bail sont considérés comme des contrats partiellement exécutés (ou des modalités de transfert de la propriété), le vendeur réservataire et le crédit-bailleur voient leurs droits renforcés au détriment d'autres créanciers de la procédure d'insolvabilité. L'exercice de ces droits peut faire échouer certains redressements, entraîner ainsi, éventuellement, des suppressions d'emploi et empêcher d'autres créanciers de la masse de l'insolvabilité de recouvrer leurs créances. Un État qui étudiera le traitement à appliquer à la réserve de propriété, au crédit-bail et à d'autres mécanismes similaires dans les procédures d'insolvabilité devra donc se demander si sa politique visant à encourager la fabrication, la fourniture et le financement de matériel ou de stocks grâce au renforcement des droits des vendeurs réservataires et des crédits-bailleurs doit l'emporter sur sa politique visant à favoriser les procédures de redressement ou lui être subordonnée.

72. En tout état de cause, qu'un droit lié au financement d'une acquisition soit traité, dans la procédure d'insolvabilité, conformément aux règles applicables aux sûretés ou conformément à celles applicables aux contrats et aux actifs appartenant à des tiers, tous les droits liés au financement d'une acquisition devraient être soumis aux effets de l'insolvabilité spécifiés dans le *Guide sur l'insolvabilité*. Dans les deux types d'approche non unitaire, on pourra noter que le *Guide sur l'insolvabilité* recommande souvent d'appliquer le même traitement aux titulaires de sûretés et d'actifs appartenant à des tiers, notamment ceux énoncés dans la recommandation 88 du Guide (application de pouvoirs d'annulation, notamment aux sûretés et aux droits liés au financement d'une acquisition qui ne sont pas opposables, que ce soit par inscription d'un avis dans un registre général des sûretés ou par une autre méthode); la recommandation 35 (inclusion des droits du débiteur

sur les actifs grevés et les actifs soumis à un droit lié au financement de leur acquisition dans les actifs constituant la masse de l'insolvabilité); les recommandations 39 à 51 (application de mesures provisoires, arrêt des poursuites relatives aux actifs grevés et aux actifs en garantie du financement de leur acquisition, et aménagement de l'arrêt des poursuites); la recommandation 52 (utilisation et disposition des actifs de la masse (y compris les actifs grevés et les droits et intérêts du débiteur sur les actifs en garantie du financement d'acquisitions); la recommandation 54 (utilisation d'actifs appartenant à des tiers); et les recommandations 69 à 86 (traitement des contrats). La note de bas de page 6 afférente à la recommandation 35 du *Guide sur l'insolvabilité*, rédigée avant l'achèvement du présent Guide, devait être interprétée comme s'appliquant à tous les droits liés au financement d'acquisitions déterminés conformément à la loi applicable en l'espèce, qu'ils soient ou non fondés sur la propriété.

15. Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure

73. Un transfert pur et simple d'une créance (en d'autres termes, un transfert qui n'est pas effectué à des fins de garantie) entre dans le champ d'application du présent Guide (voir sa recommandation 3); le terme "sûreté réelle mobilière" désigne notamment un transfert pur et simple d'une créance (voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Lorsqu'il mentionne le transfert pur et simple, le Guide est sans incidence sur l'application des règles énoncées dans une loi autre que celle relative à l'insolvabilité qui permettraient de requalifier en transfert à des fins de garantie une opération que les parties auraient désignée comme étant un transfert pur et simple. En cas de requalification, le transfert ne serait pas, aux fins du Guide, considéré comme pur et simple.

74. Si une sûreté consentie par le débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dont il fera l'objet est traitée, conformément à une loi autre que celle relative à l'insolvabilité, comme un transfert pur et simple de créance, la loi sur l'insolvabilité devrait traiter ce transfert de la même manière que le transfert de tout autre bien du débiteur avant l'ouverture de la procédure s'il est considéré comme un transfert pur et simple par cette autre loi et exclure de la masse de l'insolvabilité du débiteur le bien transféré purement et simplement avant que ne commence la procédure d'insolvabilité (voir, de manière générale, le *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 35 a)).

75. Toutefois, comme tout transfert pur et simple d'un autre bien effectué par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et, de fait, toute autre opération réalisée avant la procédure, le transfert pur et simple de la créance est soumis aux règles d'annulation prévues dans la loi sur l'insolvabilité (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 88). Par exemple, le transfert peut être annulé et la créance incluse dans la masse de l'insolvabilité si: a) le transfert n'était pas opposable au moment de l'ouverture de la procédure; b) il peut être annulé conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité concernant les opérations à prix sous-évalué; ou c) le transfert a eu lieu à une certaine date, mais n'a été rendu opposable qu'après expiration du délai de grâce et pendant la période suspecte, conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité concernant les transferts suspects.

76. Si la créance n'est pas dans la masse de l'insolvabilité et n'y entre pas conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité, alors, du fait que le bénéficiaire du transfert est le véritable propriétaire de la créance, tout arrêt des poursuites découlant de la loi sur l'insolvabilité ne devrait généralement pas s'appliquer au recouvrement de la créance par le bénéficiaire et la loi sur l'insolvabilité ne devrait pas, de manière générale, s'appliquer à la créance ni à son recouvrement par le bénéficiaire. Cependant, si, dans un contrat ayant effet au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le débiteur a été chargé par le bénéficiaire du transfert de recouvrer la créance pour lui, tout arrêt des poursuites applicable en ce qui concerne les contrats conclus avec le débiteur (et donc applicable à ce contrat en particulier) empêcherait, du fait et en dépit du droit de propriété du bénéficiaire sur la créance, le bénéficiaire de recouvrer la créance ou d'intervenir dans ce contrat d'une autre manière jusqu'à la mainlevée de l'arrêt des poursuites concernant ce contrat ou le rejet de ce contrat par le débiteur (voir la recommandation 175 du présent Guide).

B. Recommandations

[Note à la Commission: La Commission voudra peut-être noter qu'étant donné que le document A/CN.9/631 contient un texte consolidé des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces recommandations ne sont pas reproduites dans le présent document. Lorsqu'elles seront finalisées, elles seront reproduites à la fin de chaque chapitre.]
