



Assemblée générale

Distr.: Limitée
14 octobre 2002*

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité)
Vingt-septième session
Vienne, 9-13 décembre 2002

Projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité

Note du secrétariat

Table des matières

[L'introduction et la première partie du projet de guide sont publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63; le chapitre premier de la deuxième partie sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 et Add.2; les sections A et B du chapitre II sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 et Add.4; les sections A à F du chapitre III sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5 à 9; les sections A à D du chapitre IV sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.10 et 11, le chapitre V sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, la section A du chapitre VI sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13, les sections A et B du chapitre VII sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.15 et les sections D et E du chapitre VI seront publiées sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.16]

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Deuxième partie (<i>suite</i>)		
VI. Administration de la procédure	412-441	2
B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	412-420	2
1. Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure	412-414	2
2. Sources du financement postérieur à l'ouverture de la procédure	415	3
3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure – octroi d'une sûreté ou d'une priorité	416-420	4
Recommandations	(161)(165)	5
C. Priorités et répartition [du produit de la liquidation]	421-441	7
1. Priorités	421-439	7
2. Répartition	440-441	12
Recommandations	(166)(171)	13

* Le présent document a été soumis tardivement en raison de la nécessité d'achever les consultations et de modifier le texte en conséquence.



Les numéros de paragraphe entre crochets sont ceux des paragraphes de la précédente version du Guide publiée sous la cote A/CN.9/WG.V/WP.58.

Les numéros de recommandation entre crochets sont ceux des recommandations qui avaient été publiées sous les cotes A/CN.9/WG.V/WP.61 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1 et auxquelles des ajouts – indiqués par un soulignement dans le présent document – ont été apportés.

Deuxième partie (suite)

VI. Administration de la procédure

B. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

1. Besoin de financement postérieur à l'ouverture de la procédure

412. [187] La continuation de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle dans le cas d'un redressement et, dans une moindre mesure, dans le cas d'une liquidation où l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de ses activités. Pour maintenir son activité, il faut que le débiteur dispose de fonds pour continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, y compris les coûts de main-d'œuvre, l'assurance, le loyer, la continuation des contrats et autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des biens. Il peut également être nécessaire, dans les cas de liquidation où des fonds sont nécessaires pour poursuivre les activités de l'entreprise pendant une courte période, de faciliter la cession des biens. Dans certains cas, le débiteur peut déjà disposer d'actifs liquides suffisants, sous forme de disponibilités ou d'autres actifs pouvant être convertis en liquidités (tels que le produit attendu de créances de sommes d'argent), pour couvrir les dépenses courantes. Dans d'autres, ces dépenses peuvent être couvertes par la trésorerie dont dispose le débiteur grâce à l'arrêt des poursuites et à la cessation des paiements concernant les créances antérieures à l'ouverture de la procédure. Lorsque le débiteur n'a pas de fonds disponibles pour faire face à ses besoins immédiats de trésorerie, il devra chercher un financement auprès de tiers. Ce financement peut prendre la forme d'un crédit fournisseur consenti au débiteur par des vendeurs de biens et de services, de prêts ou d'autres formes de financement accordés par des prêteurs.

413. Pour assurer la continuité de l'entreprise, lorsque tel est l'objectif de la procédure, il est éminemment souhaitable que les besoins de nouveau financement soient déterminés à un stade précoce, voire, dans certains cas, pendant la période entre la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure. Dans de nombreux pays, cependant, un financement pendant la période précédant l'ouverture de la procédure soulève des questions délicates concernant les pouvoirs d'annulation et la responsabilité du prêteur et du débiteur. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que lorsqu'un prêteur avance des fonds à un débiteur insolvable, il peut être responsable de toute augmentation des créances des autres créanciers imputable à ce qui n'est qu'un ajournement de l'ouverture de la procédure de liquidation. Au-delà de cette période initiale, en particulier dans une procédure de redressement, la disponibilité d'un nouveau financement dans la période comprise entre

l'ouverture de la procédure et l'examen du plan sera également importante; en règle générale, la question de l'obtention d'un financement après l'approbation du plan devrait être traitée par celui-ci, en particulier lorsque la loi interdit de contracter de nouveaux emprunts à moins que le plan n'en reconnaisse la nécessité.

414. [187] La loi sur l'insolvabilité peut admettre la nécessité d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, l'autoriser et en prévoir le remboursement à titre prioritaire. La question majeure réside dans la portée d'une telle faculté, et notamment les incitations qui peuvent être offertes à un créancier potentiel pour obtenir de lui un financement. Dans la mesure où la solution adoptée influe sur les droits des créanciers garantis antérieurs ou de ceux qui détiennent un droit réel sur les actifs établi antérieurement, il est souhaitable que les dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure soient mises en balance avec le principe général du soutien à apporter aux transactions commerciales ainsi qu'avec la nécessité de protéger les droits et priorités des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure et de réduire au minimum tout effet préjudiciable sur l'offre de crédit, en particulier de financement garanti, qui risquerait de résulter d'une modification de ces droits et priorités. En règle générale, la valeur économique des droits des créanciers garantis antérieurs devrait être protégée afin que ceux-ci ne subissent pas de préjudice excessif. Si nécessaire (et comme on l'a déjà vu dans le cadre de la protection de la masse de l'insolvabilité: voir deuxième partie, chap. III.B.5), les créanciers garantis antérieurs devraient bénéficier de protections supplémentaires permettant de préserver la valeur économique de leurs sûretés, telles que des versements périodiques ou des sûretés sur d'autres biens se substituant à tous les biens susceptibles d'être utilisés par le débiteur ou grevés pour obtenir un nouveau financement. Outre les questions de disponibilité et de sûreté ou de priorité pour ce qui est des nouveaux prêts, il faudrait peut-être que la loi sur l'insolvabilité examine le sort des fonds qui ont pu être avancés avant que le redressement échoue, dans les cas où l'entreprise débitrice doit ensuite être liquidée. Certaines lois prévoient que toute sûreté constituée à l'occasion d'un nouveau prêt peut être annulée dans une liquidation ultérieure, d'autres que les créanciers auxquels priorité est donnée en échange de l'obtention d'un nouveau financement la conserveront dans toute liquidation ultérieure.

2. Sources du financement postérieur à l'ouverture de la procédure

415. [188] Quelques catégories seulement de prêteurs sont susceptibles d'accorder un financement postérieur à l'ouverture de la procédure. La première est celle des prêteurs ou des vendeurs de biens d'avant l'insolvabilité qui sont en relation continue avec le débiteur et son entreprise et peuvent avancer d'autres fonds ou accorder un crédit fournisseur pour accroître les chances de recouvrement de leurs créances existantes et éventuellement obtenir une valeur supplémentaire du fait des taux supérieurs appliqués aux nouveaux prêts. La seconde est celle des prêteurs qui n'avaient pas de relations avec l'entreprise avant l'insolvabilité et ont sans doute pour seule motivation la possibilité de rendements élevés. L'incitation pour les deux types de prêteurs est la certitude qu'un traitement spécial sera accordé au financement et au crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure. Pour les prêteurs antérieurs, il existe d'autres incitations, comme la continuité de la relation avec le débiteur et son entreprise, l'assurance que les conditions des prêts consentis avant l'ouverture de la procédure ne seront pas changées, et, en vertu de certaines lois, le

risque, s'ils ne fournissent pas de financement postérieur à l'ouverture, que leur priorité soit rétrogradée au profit du prêteur qui, lui, le fournit.

3. Attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure – octroi d'une sûreté ou d'une priorité

416. [189] Il y a différents moyens d'attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure et d'en garantir le remboursement. [190] De nombreuses lois sur l'insolvabilité autorisent le représentant de l'insolvabilité à obtenir un crédit non garanti sans l'approbation du tribunal ou des créanciers, alors que d'autres exigent une telle approbation dans certaines circonstances. Lorsque le prêteur exige une sûreté, celle-ci peut être constituée sur un bien non grevé ou être une sûreté de rang inférieur sur un bien déjà grevé, lorsque la valeur de ce dernier est nettement supérieure au montant de l'obligation garantie. Dans ce cas, le créancier garanti antérieur n'a en général besoin d'aucune protection particulière, sauf si les circonstances changent par la suite.

417. [189] Lorsque ces solutions ne sont pas suffisantes ou ne peuvent être proposées, par exemple parce qu'il n'y a pas de biens non grevés ou que ceux qui le sont déjà n'ont pas une valeur supérieure au montant de l'obligation garantie, les lois sur l'insolvabilité adoptent diverses approches en ce qui concerne l'obtention d'un nouveau financement. Certaines ne traitent pas expressément cette question et ne prévoient d'accorder aucune priorité au remboursement du nouveau prêt. Lorsque le débiteur ne peut offrir en garantie aucun bien non grevé ou que le prêteur n'est pas disposé à prendre le risque d'accorder un financement sans sûreté, aucun nouveau financement ne sera disponible.

418. [189] Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient qu'un nouveau prêt bénéficiera d'une certaine priorité de remboursement sur les autres créanciers, y compris dans certains cas sur les créanciers garantis antérieurs. Il peut s'agir d'un privilège d'administration (voir deuxième partie, chap. VI.C), qui accordera une priorité de remboursement sur les créanciers chirographaires ordinaires, mais non sur un créancier garanti par rapport à la valeur de sa garantie. Dans certains cas, cette priorité est donnée au motif que le nouveau financement est accordé au représentant de l'insolvabilité plutôt qu'au débiteur, et devient une dépense de la masse de l'insolvabilité. Certaines lois sur l'insolvabilité exigent alors l'approbation du tribunal ou des créanciers, tandis que d'autres prévoient que le représentant de l'insolvabilité peut obtenir le financement nécessaire sans cette approbation, bien que dans ce cas sa responsabilité personnelle puisse être engagée dans une certaine mesure. Il est probable qu'une telle exigence n'incite guère à rechercher de nouveaux financements.

419. [189] D'autres lois sur l'insolvabilité prévoient un "superprivilège" d'administration, autrement dit une priorité sur les créanciers titulaires de créances d'administration, ou donnent une priorité sur tous les créanciers, y compris les créanciers garantis (on parle parfois de "privilège"). Dans les pays qui autorisent ce dernier type de priorité, les tribunaux de l'insolvabilité tiennent compte du risque qu'il représente pour les créanciers garantis antérieurs et ne l'autorisent qu'avec réticence et en dernier recours. L'octroi de cette priorité peut être soumis à certaines conditions: les créanciers garantis concernés doivent en être informés et ont le droit d'être entendus par le tribunal, le débiteur doit prouver qu'il ne peut obtenir le

financement nécessaire si cette priorité n'est pas accordée, les créanciers garantis concernés doivent bénéficier d'une protection adéquate contre toute diminution de la valeur économique de leurs sûretés, etc. Dans certains systèmes juridiques, toutes ces options visant à attirer un financement postérieur à l'ouverture de la procédure sont disponibles.

420. Il peut être souhaitable, en examinant la question de l'autorisation, de prendre en compte le préjudice qui risque de résulter ou l'avantage susceptible de découler d'un nouveau financement. Bien que de nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent une autorisation du tribunal, dont l'intervention peut contribuer à promouvoir la transparence et à donner des assurances supplémentaires aux prêteurs, le représentant de l'insolvabilité sera souvent mieux à même d'évaluer la nécessité d'un nouveau financement. En tout état de cause, le tribunal ne pourra en général fonder sa décision sur des avis ou des informations autres que ceux fournis par le représentant de l'insolvabilité. D'autres solutions pourraient consister à fixer un seuil au-delà duquel l'approbation du tribunal est nécessaire, ou à n'exiger cette approbation que lorsque les créanciers concernés s'opposent aux propositions du représentant de l'insolvabilité.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions relatives au financement et au crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure est:

- a) de permettre l'obtention de moyens de financement et de crédits pour la poursuite de l'activité ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des biens de ce dernier;
- b) d'accorder une protection appropriée à ceux qui fournissent des moyens de financement postérieurement à l'ouverture de la procédure;
- c) d'accorder une protection appropriée aux parties dont les droits peuvent être lésés par l'octroi de moyens de financement et de crédits postérieurement à l'ouverture de la procédure.

Contenu des dispositions législatives

(161) [(110)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement et un crédit postérieurs à l'ouverture de la procédure lorsqu'il considère que ce financement et ce crédit sont nécessaires pour la poursuite de l'activité ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des biens de ce dernier. La loi sur l'insolvabilité pourrait disposer que l'autorisation du tribunal ou des créanciers est nécessaire.

~~[(111)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un crédit postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il considère que ce crédit est nécessaire pour la poursuite de l'activité~~

~~ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur des biens de ce dernier.~~

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

(162) [(112)] La législation de l'insolvabilité devrait permettre l'octroi d'une sûreté en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté constituée sur des biens non grevés [~~y compris des biens acquis après l'ouverture de la procédure~~] ou d'une sûreté de rang inférieur constituée sur des biens déjà grevés du débiteur.

(163) [(113)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir qu'une sûreté constituée sur les biens du débiteur pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté antérieure sur les mêmes biens, sauf si le représentant de l'insolvabilité en avise le titulaire de la sûreté antérieure et obtient son accord ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation [(114)].

(164) [(114)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que, lorsque le titulaire de la sûreté antérieure ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser [l'octroi] [la constitution] de cette sûreté, sous réserve que soient remplies certaines conditions, à savoir notamment:

~~— a) que le créancier déjà garanti ait une sûreté suffisante sur les biens de sorte qu'il ne [sera pas lésé] [subira pas un préjudice déraisonnable] en raison d'un droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure;~~

a) que le [créancier garanti] [titulaire de la sûreté] antérieur ait été avisé et qu'on lui ait donné la possibilité d'être entendu par le tribunal;

b) que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par un autre moyen; et

c) que les intérêts du [créancier garanti] [titulaire de la créance] antérieur soient suffisamment protégés, ~~notamment que la valeur de la fraction non grevée du bien soit suffisante pour que le créancier garanti antérieur ne subisse pas un préjudice déraisonnable en raison d'un droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure.~~

Droit de préférence accordé au financement postérieur à l'ouverture de la procédure

(165) [(115)] La législation de l'insolvabilité devrait établir la priorité pouvant être accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure, de sorte, au moins, que la personne fournissant ce financement soit remboursée avant les créanciers chirographaires ordinaires (~~priorité des créances afférentes à l'administration de la procédure~~) [y compris les créanciers chirographaires qui bénéficient d'une priorité des créances afférentes à l'administration de la procédure]. Lorsqu'une procédure de redressement est converti en liquidation, toute priorité accordée à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation.

C. Priorités et répartition [du produit de la liquidation]

1. Priorités

421. [253] La répartition du produit de la masse se fait généralement en fonction du classement des créanciers par catégorie. Dans la mesure où différents créanciers ont conclu différents arrangements commerciaux avec le débiteur, leur classement peut se justifier par le fait qu'il est souhaitable que le système d'insolvabilité reconnaisse et respecte ces arrangements et encourage l'égalité de traitement des créanciers qui sont dans des situations similaires. L'établissement d'un système de classement clair et prévisible aux fins de la répartition, peut contribuer à faire en sorte que les créanciers soient sûrs de leurs droits au moment de conclure des arrangements commerciaux avec le débiteur et, dans le cas du crédit garanti, faciliter l'octroi de celui-ci. [215] Les principes régissant la répartition, non seulement se fondent sur ces catégories, qui reposent sur les relations juridiques et commerciales entre le débiteur et ses créanciers, mais reflètent aussi très souvent des choix tenant compte d'intérêts généraux importants (telle la protection de l'emploi), du fait qu'il est souhaitable d'assurer le déroulement harmonieux et efficace de la procédure d'insolvabilité (en accordant la priorité à la rémunération des professionnels de l'insolvabilité et aux dépenses liées à l'administration de l'insolvabilité) et de promouvoir la continuation de l'entreprise et son redressement (en accordant la priorité au financement postérieur à l'ouverture de la procédure).

422. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des méthodes très diverses pour classer les créanciers, qu'il s'agisse de l'ordre de priorité des différentes catégories ou du traitement des créanciers appartenant à la même catégorie, par exemple les créanciers désignés globalement par le terme "chirographaires".

a) Créanciers garantis

423. [218] De nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent le droit des créanciers garantis d'obtenir en premier satisfaction de leur créance, en étant payés soit sur le produit de la vente des biens spécifiques grevés, soit sur les fonds généraux. Le mode de répartition qui leur est applicable dépend de la méthode employée pour les protéger durant la procédure. Si la protection de la sûreté a été assurée par la préservation de la valeur du bien grevé, le créancier garanti aura généralement une créance prioritaire sur le produit de la vente de ce bien à concurrence de la valeur de sa créance garantie (pour autant que celle-ci n'excède pas la valeur du bien). Si la protection de la sûreté a été assurée par la fixation de la valeur de la fraction garantie de la créance au moment de l'ouverture de la procédure, le créancier aura généralement une créance prioritaire sur le produit de la masse à hauteur de cette valeur. Lorsque la créance du créancier garanti excède la valeur du bien grevé, ou que la valeur de la créance garantie fixée à l'ouverture de la procédure (au cas où cette approche est retenue), la fraction non garantie de la créance est généralement traitée, aux fins de la répartition, comme une créance ordinaire non assortie d'une sûreté.

424. [219] Dans les lois sur l'insolvabilité qui n'accordent pas une priorité de premier rang aux créanciers garantis, le remboursement de ces derniers peut passer après les dépenses d'administration et d'autres créances protégées par la règle du premier rang, telles que les créances salariales impayées, les créances fiscales, les

créances environnementales et les créances pour préjudice personnel. Dans d'autres lois, le montant pouvant être recouvré (en priorité) par les créanciers garantis sur les biens garantissant leur créance est limité à un certain pourcentage de cette dernière. La fraction soustraite sert généralement à désintéresser d'autres créanciers – créanciers ayant un rang de priorité moins élevé ou créanciers chirographaires ordinaires – ou à couvrir la rémunération et les dépenses du représentant de l'insolvabilité ainsi que les dépenses afférentes à la préservation et à l'administration de la masse, lorsque la valeur des biens de celle-ci est insuffisante à cette fin. Une des justifications de cette approche est que le créancier garanti devrait, d'une manière qui soit équitable, partager certaines des pertes des autres créanciers dans le cas d'une liquidation et certaines dépenses dans le cas d'un redressement. Il est néanmoins souhaitable que les exceptions de ce type à la règle du premier rang des créanciers garantis soient limitées pour éviter l'incertitude quant au recouvrement du crédit garanti, afin d'encourager l'octroi de ce type de crédit et réduire les frais y afférents.

425. [219] Lorsque le produit net de la réalisation du bien grevé sert directement à désintéresser le créancier garanti, celui-ci en général, à la différence des créanciers chirographaires, ne contribuera pas (directement ou indirectement) à l'ensemble des dépenses découlant de la procédure d'insolvabilité, à moins que ne soient prévues des dispositions comme il est indiqué ci-dessus. Toutefois, il peut encore être tenu, dans de tels cas, de contribuer à d'autres dépenses directement liées à ses intérêts, telles que les dépenses d'administration encourues pour le maintien de la valeur du bien grevé. Si le représentant de l'insolvabilité a engagé des dépenses à cet effet, il peut être raisonnable de recouvrer ces dépenses en tant que dépenses d'administration sur le montant qui, en d'autres circonstances, aurait été réglé en priorité au créancier garanti sur le produit de la vente du bien. Une autre exception peut aussi être faite à la règle du premier rang dans le cas de priorités pour le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, où il faudrait que l'effet de ces priorités sur les intérêts des créanciers garantis soit clair au moment de l'obtention du financement, du fait en particulier que celui-ci peut avoir été approuvé par lesdits créanciers (voir deuxième partie, chap. VI.B).

b) Créances d'administration

426. [220] Les dépenses d'administration afférentes à la procédure d'insolvabilité l'emportent souvent sur les créances non garanties et cette préférence est généralement accordée pour assurer le paiement des parties agissant pour le compte de la masse de l'insolvabilité. Ces dépenses comprennent habituellement la rémunération du représentant de l'insolvabilité et de tous professionnels qu'il emploie; les dettes découlant de l'exercice attendu des fonctions et des attributions du représentant de l'insolvabilité (ou, dans certains cas, du débiteur) (voir deuxième partie, chap. IV.A et B); les dépenses découlant de la continuation des obligations contractuelles (contrats de travail et baux, par exemple); les frais de la procédure (frais de justice, par exemple) et, dans certaines lois sur l'insolvabilité, la rémunération de tous professionnels employés par un comité de créanciers.

c) Créances prioritaires ou privilégiées

427. [223] Les lois sur l'insolvabilité confèrent souvent des droits de priorité à certaines créances (principalement des créances non garanties) qui, en conséquence, seront réglées avant les autres créances, non garanties et non privilégiées (ou moins

privilégiées). Ces droits, qui sont souvent fondés sur des considérations sociales, et parfois politiques, vont à l'encontre du principe de la répartition *pari passu* et s'exercent généralement au détriment des créances non garanties ordinaires du fait qu'ils réduisent la valeur des actifs à répartir entre les créanciers chirographaires ordinaires. L'octroi de tels droits risque de susciter des débats stériles sur les catégories de créanciers qui devraient être prioritaires et pour quelles raisons. En outre, il a des répercussions sur le coût du crédit, qui augmentera à mesure que diminuera le montant des fonds disponibles aux fins de la répartition entre les autres créanciers.

428. [226] Certaines priorités sont motivées par des préoccupations sociales auxquelles il peut être plus facile de répondre en dehors du droit de l'insolvabilité, par exemple dans la législation sur la protection sociale, qu'en élaborant une loi sur l'insolvabilité pour atteindre des objectifs sociaux n'ayant qu'un rapport indirect avec les questions d'endettement et d'insolvabilité. Le fait de prévoir une priorité dans la loi sur l'insolvabilité peut au mieux apporter un remède incomplet et insuffisant, au problème social tout en diminuant l'efficacité de la procédure d'insolvabilité. Si l'on veut introduire des priorités dans une loi sur l'insolvabilité ou s'il existe dans d'autres lois des priorités qui influenceront sur le fonctionnement de la loi sur l'insolvabilité, il est souhaitable de les énoncer ou d'y faire référence clairement dans cette dernière (et, si nécessaire, de les classer avec les autres créances). Ce sera un moyen de donner au moins certitude, transparence et prévisibilité au régime d'insolvabilité quant à son impact sur les créanciers, ce qui permettra aux prêteurs d'évaluer avec plus de justesse les risques auxquels ils s'exposent.

429. [225] Certaines lois récentes sur l'insolvabilité ont sensiblement réduit le nombre de ces types de droits de priorité, suivant en cela le changement intervenu dans l'opinion publique concernant l'acceptabilité d'un tel traitement. C'est ainsi que quelques pays ont supprimé récemment la priorité traditionnellement accordée aux créances fiscales. Dans d'autres pays, en revanche, on observe une tendance à la multiplication des catégories de créances jouissant d'une priorité. Le maintien d'une multiplicité de positions prioritaires différentes pour de nombreux types de créances risque de rendre plus difficile la réalisation des objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité et de nuire à l'efficacité du processus. Il risque de créer des injustices et, en cas de redressement, de compliquer l'élaboration du plan. En outre, il ne faut pas oublier que le fait de modifier l'ordre de répartition pour créer ces priorités n'augmentera pas le montant total des fonds que pourront se partager les créanciers, mais ne fera qu'avantager un groupe de créanciers aux dépens d'un autre. Plus les catégories de créanciers prioritaires seront nombreuses, plus les autres groupes auront des arguments pour réclamer eux aussi un traitement prioritaire. Et plus les créanciers recevant un traitement prioritaire seront nombreux, moins ce traitement sera avantageux.

430. Parmi les facteurs qui pourraient être pris en considération pour décider s'il y a des raisons impérieuses d'accorder un statut préférentiel à un type particulier de dette, on peut citer la nécessité de donner effet à des obligations internationales; la nécessité de trouver un équilibre entre intérêts privés et publics et envisager les autres moyens permettant de tenir compte de ces derniers; l'opportunité d'inciter les créanciers à gérer le crédit efficacement et à en fixer les taux au niveau le plus bas possible; l'incidence qu'une créance jugée préférentielle aurait sur le coût de la

transaction ou sur les coûts d'exécution; et l'opportunité d'établir des distinctions subtiles entre les catégories de créanciers au risque d'amener une catégorie à assumer une plus large part des créances impayées.

431. [224] De nombreuses approches différentes sont adoptées à l'égard du type de créances auxquelles sera accordée une priorité et de la nature de cette dernière. Les types de priorités varient suivant les pays, mais deux catégories sont particulièrement fréquentes. La première correspond aux salaires et prestations (sécurité sociale et pensions) dus aux salariés, et la seconde aux créances fiscales. La prise en compte de la priorité des créances fiscales peut revêtir une importance particulière dans les affaires transnationales. Une solution serait de refuser la priorité à l'ensemble des créances fiscales étrangères. Une autre serait de leur reconnaître un certain type de priorité, peut-être de portée limitée, soit lorsqu'il y a réciprocité pour ce qui est de leur reconnaissance, soit lorsque la procédure d'insolvabilité relative à un débiteur unique est administrée conjointement par plusieurs États. L'article 13 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale souligne l'importance du principe de non-discrimination en ce qui concerne le rang de priorité des créances étrangères, mais dispose également que les pays qui ne reconnaissent pas les créances des autorités fiscales et des organismes de sécurité sociale étrangers peuvent maintenir cette discrimination¹.

i) Créances des salariés

432. Dans la plupart des pays, les créances des travailleurs (créances salariales, indemnités dues pour congés payés, indemnités pour d'autres absences rémunérées et primes de départ) constituent une catégorie de créances prioritaires, qui dans un certain nombre de cas passent avant les créances fiscales et les créances de sécurité sociale. [224] Cette approche va dans le sens général de la protection spéciale accordée aux salariés dans d'autres domaines du droit de l'insolvabilité (voir deuxième partie, chap. III.D.6) ainsi que de l'approche de certaines conventions internationales². Dans certaines lois sur l'insolvabilité, le fait que le maintien de l'emploi est considéré comme prioritaire par rapport aux autres objectifs de la procédure d'insolvabilité, tels que la maximisation de la valeur de la masse au profit de l'ensemble des créanciers, est attesté par l'accent mis sur la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de son activité (avec transfert des obligations existantes concernant l'emploi), par opposition à la liquidation ou au redressement, où ces obligations peuvent être modifiées ou résiliées.

433. Dans certains pays, les créances des salariés se voient accorder un droit de priorité, mais auront le même rang que les créances fiscales et les créances de sécurité sociale dans une catégorie unique de créances prioritaires et peuvent être réglées au prorata de leur montant au cas où les fonds sont insuffisants. Dans d'autres pays, elles ne sont pas prioritaires et occupent le rang de créances non garanties ordinaires, encore que dans certains cas, le règlement de certaines obligations nées au cours de périodes spécifiées (par exemple, pour les salaires et

¹ Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, paragraphe 2 de l'article 13 et note 2.

² Par exemple, la Convention de l'OIT concernant la protection des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, 1992 (n° 173). L'article 8-1 dispose que "la législation nationale doit placer les créances des travailleurs à un rang de privilège plus élevé que la plupart des autres créances privilégiées, et en particulier celles de l'État et de la sécurité sociale". Cette convention est entrée en vigueur en 1995.

rémunérations, les trois mois précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) puisse être garanti par l'État par le biais d'un fonds de garantie des salaires. Un tel fonds peut lui-même avoir une créance sur la masse, et avoir ou non la même priorité sur cette dernière que les créances des salariés en fonction de considérations de principe telles que l'utilisation des deniers publics (par opposition aux actifs du débiteur insolvable) pour financer la provision de garantie des salaires. [230] Dans la pratique, le fonds jouit généralement des mêmes droits que les salariés, au moins jusqu'à hauteur d'un montant spécifié qui peut être exprimé en montant de salaires ou en nombre de semaines de salaire.

ii) Créances fiscales

434. [224] Les créances fiscales se voient souvent octroyer un droit de priorité aux fins de la protection des recettes publiques. Un certain nombre d'autres raisons ont été avancées pour justifier l'octroi d'un tel droit à ce type de créances, entre autres le fait qu'il pouvait être bénéfique au processus de redressement – du fait que les autorités fiscales seront encouragées à retarder le recouvrement des impôts auprès d'une entité commerciale en difficulté au motif qu'elles obtiendront ultérieurement un paiement prioritaire dans le cadre de l'insolvabilité – et que, l'État étant un créancier non commercial et involontaire, certaines options en matière de recouvrement de dettes commerciales peuvent lui être fermées. Cela dit, le fait d'accorder une priorité à ce type de créances peut avoir un effet pernicieux car le non-recouvrement des impôts risque de compromettre l'application uniforme des lois fiscales et de constituer une forme de subvention de l'État remettant en cause la discipline qu'un régime d'insolvabilité est censé favoriser. De plus, il risque d'encourager les autorités fiscales à négliger le contrôle des débiteurs et le recouvrement des dettes selon des méthodes commerciales qui contribueraient à empêcher l'insolvabilité et la dépréciation des actifs.

d) Créanciers chirographaires ordinaires

435. [227] Une fois désintéressés tous les créanciers garantis et prioritaires, le solde de la masse de l'insolvabilité est généralement réparti entre les créanciers chirographaires ordinaires au prorata de leurs créances. Il peut y avoir des subdivisions au sein de cette catégorie, certaines créances étant considérées comme subordonnées ou bénéficiant d'une priorité comme on l'a vu plus haut. Certaines des créances généralement subordonnées sont examinées ci-après.

e) Propriétaires et actionnaires

436. [232] Les propriétaires et les actionnaires peuvent avoir des créances résultant de prêts accordés au débiteur et des créances résultant de leur participation au capital du débiteur. De nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre ces différentes créances. S'agissant des créances résultant d'une participation au capital, nombre de ces lois adoptent la règle générale selon laquelle les propriétaires et les actionnaires de l'entreprise ne sont pas inclus dans la répartition du produit de la liquidation des actifs tant que toutes les autres créances qui ont un rang de priorité supérieure n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances relatives aux intérêts échus après l'ouverture de la procédure). Ainsi, les actionnaires et les propriétaires figureront rarement parmi les bénéficiaires d'une répartition au titre de leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du

produit leur revient, la répartition est généralement opérée en fonction du rang des parts spécifié dans le droit des sociétés et les statuts de l'entreprise. Toutefois, les créances relatives au principal d'une dette, comme celles qui se rapportent à des prêts, ne sont pas toujours subordonnées.

f) Créanciers liés au débiteur

437. [233] Il peut être nécessaire d'accorder une attention particulière à la catégorie des créanciers qui ont avec le débiteur des liens familiaux ou d'affaires (voir plus haut, deuxième partie, chap. III.E.3 e) et VI.A). En vertu de certaines lois sur l'insolvabilité, ces créances passent toujours après les autres; en vertu d'autres lois, elles ne sont subordonnées qu'en cas de comportement inéquitable ou quasi frauduleux. Lorsqu'elles sont subordonnées, elles peuvent passer après les créances non garanties ordinaires. Le traitement de ce type de créances peut obéir à d'autres principes, qui reposent, non sur un ordre de priorité, mais sur des restrictions au droit de vote ou sur le montant de la créance qui sera admis dans le cadre de la procédure.

g) Amendes, pénalités et intérêts échus postérieurement à l'ouverture de la procédure

438. [227] Certains pays traitent les créances telles que les gratifications, les amendes et les pénalités (qu'elles soient administratives, pénales ou autres) comme des créances ordinaires non garanties et les font passer après les autres créances non garanties. Dans certaines lois sur l'insolvabilité, ces types de créances sont purement et simplement exclus.

439. Il y a différentes approches concernant le cours et le paiement des intérêts sur les créances. Certaines lois sur l'insolvabilité disposent que les intérêts cessent de courir sur l'ensemble des créances non garanties dès l'ouverture d'une procédure de liquidation, mais que, dans le cas d'un redressement, leur paiement dépendra de ce qui convenu dans le plan. Selon d'autres lois prévoyant que les intérêts puissent continuer de courir après l'ouverture de la procédure, le paiement peut être subordonné et intervenir seulement après le remboursement de toutes les autres créances non garanties.

2. Répartition

440. [254] Lorsqu'il existe plusieurs catégories de créances avec des rangs de priorité différents, les créances d'un même rang seront en général réglées intégralement avant que ne soient réglées celles du rang suivant. Une fois atteint un rang de priorité auquel les fonds sont insuffisants pour payer intégralement tous les créanciers, un partage est effectué entre eux, au prorata de leurs créances. Dans certaines lois qui n'établissent pas un ordre de priorité, tous les créanciers se partagent le produit de la masse au prorata de leurs créances si les fonds ne sont pas suffisants pour les désintéresser intégralement.

441. [255] Il peut être souhaitable d'indiquer, dans le cadre d'une procédure de redressement, que le règlement intégral des créances prioritaires est une condition de la confirmation du plan, à moins que les créanciers prioritaires touchés ne conviennent d'autres dispositions [*raisons*?]. Un plan de redressement peut proposer un ordre de priorité différent de celui qui est prévu par la loi sur l'insolvabilité dans

le cas d'une liquidation, à condition que les créanciers appelés à se prononcer par un vote au sujet du plan approuvent une telle modification.

Recommandations

Objet des dispositions législatives

L'objet de dispositions relatives à la répartition est:

a) d'établir l'ordre dans lequel les créances devraient être payées sur la masse du débiteur après réalisation des biens en liquidation ou confirmation du plan de redressement;

b) de garantir que les créanciers de la même catégorie seront placés sur un pied d'égalité et seront payés sur les biens de la masse au prorata de leurs créances;

[c) de préciser les circonstances limitées dans lesquelles est permis un ordre de priorité dans la répartition.]

Contenu des dispositions législatives

(166) [(116)] La législation de l'insolvabilité devrait établir l'ordre dans lequel les créances, autres que les créances garanties, doivent être payées sur la masse du débiteur après la vente des biens en liquidation.

(167) [(117)] La législation de l'insolvabilité devrait limiter au minimum les droits de préférence accordés à des catégories de créances non garanties. Lorsque des droits de préférence résultent du droit commun, ils devraient être énoncés clairement dans la législation de l'insolvabilité.

(168) [(118)] Les créances garanties devraient être payées sur le produit de la réalisation de la sûreté, sous réserve de créances ayant éventuellement un rang supérieur à celui de la créance garantie³.

(169) [(119)] En ce qui concerne le paiement des catégories de créances autres que les créances garanties, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir que le montant disponible à répartir entre les créanciers sera distribué dans l'ordre suivant:

³ NOTE À L'INTENTION DU GROUPE DE TRAVAIL: La Banque européenne pour la reconstruction et le développement a suggéré que soit examinée, dans le Guide, la proposition selon laquelle un créancier garanti devrait assumer une partie de la défaillance financière, du moins à l'égard des créanciers involontaires, tels que les titulaires de créances indemnitaires et les salariés, en particulier lorsqu'il bénéficie d'un nantissement sur l'ensemble du fonds de commerce de l'entreprise débitrice. À cette fin, il est proposé d'ajouter, à la fin de la présente recommandation, le texte ci-après visant à protéger les droits des salariés: "... à condition toutefois que, si un créancier garanti est titulaire d'un privilège ou d'un nantissement sur presque tous les biens du débiteur, le produit de la réalisation de la sûreté soit utilisé d'abord pour régler toutes les créances salariales accumulées et impayées (lorsque celles-ci ne sont pas garanties par un organisme public) puis pour payer toutes les créances des personnes ayant subi un préjudice corporel (non couvert par une assurance) et, enfin, pour désintéresser le créancier garanti conformément à la première partie de la présente recommandation".

- a) frais et dépenses d'administration, y compris les frais et dépenses liés à la nomination du représentant de l'insolvabilité et du comité des créanciers, à l'exercice par l'un et l'autre de leurs pouvoirs et fonctions respectifs et à leur rémunération;
- b) créances antérieures à l'ouverture de la procédure bénéficiant d'un droit de préférence;
- c) créances ordinaires antérieures à l'ouverture de la procédure;
- d) créances antérieures à l'ouverture de la procédure différées ou subordonnées;
- e) débiteur (c'est-à-dire les actionnaires ou propriétaires du débiteur).

(170) [(120)] En ce qui concerne le paiement des créances d'une même catégorie, la législation de l'insolvabilité devrait prévoir, comme principe général, que ces créances occupent le même rang les unes par rapport aux autres, à moins que les créanciers concernés n'en conviennent autrement. Toutes les créances d'une catégorie donnée devraient être réglées intégralement avant celles de la catégorie suivante. Si les fonds ne sont pas suffisants pour les régler dans leur intégralité, le montant disponible devrait être réparti au prorata des créances.

(171) [(121)] La législation de l'insolvabilité devrait prévoir que les montants à répartir seront distribués rapidement et pourront donner lieu autant que possible à des versements provisionnels ou échelonnés. Lors de la répartition, le représentant de l'insolvabilité est tenu de constituer une provision pour les créances admises provisoirement et pour les créances déclarées qui n'ont pas encore été admises.