



Assemblée générale

Distr.: Limitée
18 avril 2002*

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail VI (Sûretés)

Première session

New York, 20-24 mai 2002

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Rapport du Secrétaire général

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Projet de guide législatif sur les opérations garanties	1-37	2
X. Insolvabilité	1-37	2
A. Remarques générales	1-30	2
1. Introduction	1-6	2
a) Domaine couvert et contexte commercial	1-5	2
b) Terminologie	6	3
2. Objectifs principaux	7-10	4
3. Les sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité	11-30	4
a) Inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité	11-15	4
b) Limitations relatives à la réalisation des sûretés	16-21	5
c) Participation des créanciers garantis aux procédures d'insolvabilité	22-23	7
d) Validité des sûretés et actions en annulation	24	7
e) Ordre de priorité des sûretés	25-27	8
f) Plans de redressement	28-30	9
B. Résumé et recommandations	31-37	10

* Le présent additif est soumis cinq semaines après la date limite, qui doit précéder de 10 semaines le début de la session, étant donné que le secrétariat de la Commission a consacré tout son temps à l'établissement d'autres documents, dont 11 autres additifs au document A/CN.9/WG.VI/WP.2.



X. Insolvabilité

A. Remarques générales

1. Introduction

a) Domaine couvert et contexte commercial

1. Le présent chapitre est consacré aux effets d'une procédure d'insolvabilité sur les droits de réalisation du créancier garanti. Il doit être lu parallèlement au Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la CNUDCI, qui porte sur les questions abordées ici dans le contexte plus large du droit de l'insolvabilité (voir documents A/CN.9/WG.V/WP.57, A/CN.9/WG.V/WP.58 et A/CN.9/WG.V/WP.61).

2. Même s'il peut exister, dans un système juridique, des régimes distincts pour les opérations garanties et l'insolvabilité, ces régimes portent tous deux sur les relations entre débiteurs et créanciers, et encouragent les débiteurs à observer une discipline en matière de crédit. L'existence d'une réglementation efficace dans l'un de ces domaines contribuera à l'obtention de résultats positifs dans l'autre. Par exemple, une loi sur les opérations garanties peut accroître la disponibilité du crédit, ce qui facilite l'exploitation d'une entreprise et peut permettre d'éviter l'insolvabilité. Une loi sur les opérations garanties peut également favoriser un comportement responsable de la part des créanciers, dans la mesure où elle leur fait obligation de surveiller l'aptitude des débiteurs à s'acquitter de leurs obligations, ce qui décourage le surendettement et l'insolvabilité qui peut en résulter.

3. Cependant, le droit des opérations garanties et le droit de l'insolvabilité peuvent entrer en conflit, étant donné qu'ils conçoivent les dettes dans des optiques différentes. L'objet d'un régime d'opérations garanties est d'assurer le respect de certaines obligations, alors qu'un régime d'insolvabilité vise les situations dans lesquelles des obligations ne peuvent être exécutées. En outre, le premier est axé sur les droits de réalisation effectifs de créanciers déterminés en vue de maximiser la probabilité que les obligations seront exécutées alors que le second vise à obtenir le maximum pour l'ensemble des créanciers, en empêchant entre ces derniers une course de vitesse pour démembrer les biens de leur débiteur commun. Il faut que les législateurs examinent ces résultats, car une réforme dans un régime peut avoir des effets réglementaires plus larges et engendrer des coûts imprévus afférents aux opérations et au respect de la réglementation aux parties principalement intéressées par l'autre régime. C'est pourquoi il est nécessaire qu'au cours du processus de réforme de la législation, chaque pays repère les conflits entre les droits et obligations prévus par les régimes régissant respectivement les opérations garanties et l'insolvabilité.

4. Les régimes d'insolvabilité prévoient généralement deux types de procédure: la liquidation (qui consiste à mettre fin à l'activité commerciale du débiteur insolvable et à procéder ensuite à la réalisation et à la distribution de ses biens) et le redressement (dont l'objet est de maximiser la valeur des biens et de servir au mieux les intérêts des créanciers, en sauvant une entreprise). Dans une procédure de liquidation, le représentant de l'insolvabilité est chargé de rassembler les biens du débiteur insolvable, de les vendre ou d'en disposer selon d'autres modalités, et de distribuer le produit aux créanciers. Pour maximiser la valeur de liquidation de ces

biens, le représentant de l'insolvabilité peut poursuivre les activités de l'entreprise du débiteur pendant une courte période et la vendre en vue de la poursuite de l'activité, plutôt que de vendre ses différents éléments séparément. Dans une procédure de redressement, en revanche, on part du principe que l'entreprise du débiteur insolvable poursuivra ses activités. Le but est alors de maximiser la valeur de l'entreprise du débiteur, en permettant à celui-ci de surmonter ses difficultés financières et de reprendre ou de poursuivre des activités commerciales normales.

5. Outre les procédures d'insolvabilité prévues par la législation, d'autres modalités font leur apparition (par exemple, règlement extrajudiciaire convenu par les créanciers d'un débiteur insolvable). Cela répond à la nécessité de favoriser la stabilité économique grâce à un règlement rapide des créances des établissements financiers, lorsqu'il n'est pas certain que les institutions compétentes en matière d'insolvabilité peuvent agir de façon rapide et efficace.

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte, dans ses délibérations, du fait que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) examine ces autres modalités (voir documents A/CN.9/507 et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1).]

b) Terminologie

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il convient de placer ces définitions dans le chapitre premier (voir document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1)]

6. Dans le présent chapitre, les termes suivants sont employés dans les sens indiqués ci-après:

Débiteur insolvable	Un débiteur insolvable est une personne [ou une entité] qui exploite une entreprise et qui répond aux critères devant être remplis pour une procédure d'insolvabilité et est soumise à une telle procédure; un débiteur insolvable peut être soit le débiteur, soit le constituant, aux sens dans lesquels ces termes sont utilisés dans le présent Guide.
Procédure d'insolvabilité	Une procédure d'insolvabilité est une procédure collective qui suppose le dessaisissement [partiel ou total] du débiteur insolvable et la nomination d'un représentant de l'insolvabilité [aux fins de la liquidation ou du redressement de l'entreprise] [et qui recouvre tant la procédure de liquidation que la procédure de redressement].
Représentant de l'insolvabilité	Un représentant de l'insolvabilité est une personne [ou une entité] nommée par le tribunal qui est chargée d'administrer les biens du débiteur [et d'aider et de veiller à la gestion de l'entreprise] en vue soit de la liquidation, soit du redressement de l'entreprise.
Créance garantie	Une créance garantie est une créance présentée lors d'une procédure d'insolvabilité, garantie par une sûreté.

2. Objectifs principaux

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le texte concernant ces objectifs principaux devrait figurer dans le chapitre premier (voir document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1).]

7. La loi qui régit les droits d'un créancier garanti lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte contre le débiteur ou le constituant devrait viser à faciliter la réalisation, en énonçant des règles claires concernant l'ordre de priorité et en reconnaissant l'autonomie des parties (voir document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.1, sections D, E et G).

8. Si une sûreté est valable en dehors d'une procédure d'insolvabilité, de telle sorte qu'elle est non seulement efficace à l'égard du débiteur mais également opposable aux tiers, la validité de cette sûreté devrait être reconnue au cours de la procédure d'insolvabilité. De même, si une sûreté confère une priorité par rapport à la créance d'un autre créancier en dehors de la procédure d'insolvabilité, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne devrait pas modifier l'ordre de priorité de ces créances. Les exceptions éventuelles devraient être limitées dans la mesure du possible et être claires et transparentes, pour que les fournisseurs de crédit potentiels puissent estimer le risque de non-remboursement et donc le coût d'une opération (voir également l'objectif 7 dans le document A/CN.9/WG.V/WP.57, par. 21).

9. Le régime d'opérations garanties et le régime d'insolvabilité devraient réglementer la réalisation des sûretés de façon coordonnée. Comme cela a déjà été signalé (voir document A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.9, par. 4), le créancier garanti tient compte de toute limitation de ses droits en cas de procédure d'insolvabilité lorsqu'il détermine l'opportunité d'octroyer un crédit et le coût de ce crédit. En outre, les autres créanciers sont incités à engager une procédure d'insolvabilité lorsque le débiteur a des difficultés financières, de façon à limiter les droits du créancier garanti et à accroître les chances de succès de leurs réclamations à l'encontre du débiteur.

10. La plupart des systèmes juridiques reconnaissent l'autonomie des parties dans le cadre de conventions privées. Cependant, il peut exister des raisons d'ordre public pour limiter l'aptitude d'un créancier garanti à réaliser une sûreté dans certaines circonstances lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte contre le débiteur. Dans ces cas, une certitude est nécessaire. Plus ces limitations sont prévisibles et plus la valeur économique de la sûreté est préservée, moins il est porté atteinte à la fonction de facilitation du crédit qui est remplie par le recours aux sûretés.

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

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

11. Il convient d'abord de déterminer si la sûreté d'un créancier garanti est soumise à une procédure d'insolvabilité ou, en d'autres termes, si les biens grevés font partie de la "masse" créée lors de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre un débiteur (voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 46 et 47). La masse comprend les biens d'un débiteur insolvable qui font l'objet d'une administration dans le cadre de la procédure d'insolvabilité.

12. L'inclusion des biens grevés dans la masse de l'insolvabilité peut avoir différents effets. Dans de nombreux pays, elle limite l'aptitude d'un créancier garanti à réaliser sa sûreté (voir par. 16). De telles limitations législatives des conventions commerciales sont prises en compte par les créanciers lorsqu'ils décident de consentir ou non un crédit et déterminent le coût de ce crédit. Certaines législations relatives à l'insolvabilité qui prescrivent que tous les biens sont soumis à la procédure d'insolvabilité dans un premier temps permettent la séparation des biens grevés de la masse lorsqu'il est prouvé que le droit du créancier garanti est lésé.

13. Pour pouvoir déterminer si la poursuite de la procédure maximisera globalement la restitution finale aux créanciers, une loi relative à l'insolvabilité peut soumettre les biens grevés à un contrôle dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. En conséquence, il peut être exigé du créancier qu'il mette le représentant de l'insolvabilité en possession des biens grevés. Il peut être recouru à cette façon de procéder non seulement lors d'une procédure de redressement mais également en cas de procédure de liquidation dans le cadre de laquelle les activités de l'entreprise du débiteur insolvable se poursuivent tandis que les biens sont liquidés par étapes, ou lorsqu'il est probable que l'entreprise peut être vendue en vue de la poursuite de ses activités. Comme il se peut qu'il ne soit pas possible de savoir, lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, s'il est souhaitable de poursuivre les activités de l'entreprise, de nombreux régimes d'insolvabilité incluent les biens grevés dans la masse pour une période de durée limitée.

14. La masse de l'insolvabilité inclut normalement tous les biens sur lesquels le débiteur insolvable détient un droit lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans certains pays, les biens dont le créancier conserve juridiquement la propriété peuvent être séparés de la masse de l'insolvabilité. À titre d'exemples, on peut citer la réserve de propriété, une location financière ou un transfert de propriété au créancier garanti (voir chap. III, section A.3). Dans d'autres pays, où les instruments juridiques de ce groupe sont regroupés avec d'autres types de modalités de crédit garanti dans la catégorie générale "sûretés", les sûretés reposant sur la propriété et les autres types de sûreté sont traités de la même façon, même dans le cadre des procédures d'insolvabilité. Il s'agit là d'un exemple parmi d'autres des cas dans lesquels il peut être nécessaire de coordonner les démarches retenues dans le cadre du régime d'opérations garanties et dans celui du régime d'insolvabilité.

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

b) Limitations relatives à la réalisation des sûretés

16. De nombreuses législations relatives à l'insolvabilité limitent les droits des créanciers d'utiliser des voies de droit ou d'engager des procédures contre le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, en prévoyant une

suspension ou un moratoire. La suspension peut intervenir de plein droit ou en vertu d'une ordonnance d'un tribunal. Dans un certain nombre de pays, la suspension est applicable aux créanciers tant garantis que chirographaires. Les raisons qui justifient l'inclusion des actifs grevés dans la masse sont également applicables à la suspension de la réalisation des sûretés. Cependant, les limitations de la capacité d'un créancier garanti à réaliser sa sûreté peuvent avoir des effets négatifs sur le coût et la disponibilité du crédit. Une loi sur l'insolvabilité doit mettre en balance ces intérêts concurrents (voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 69 à 82).

17. À quelques exceptions près (voir par. 13), la nécessité de suspendre la réalisation d'une sûreté est moins impérative lorsque la procédure d'insolvabilité est une procédure de liquidation. Dans la plupart des procédures de liquidation, le représentant de l'insolvabilité dispose des biens individuellement au lieu de vendre l'entreprise dans l'optique d'une poursuite de ses activités. À cet égard, plusieurs approches sont possibles. Par exemple, un régime d'insolvabilité peut exclure les créanciers garantis de l'application de la suspension, mais encourager des négociations entre le débiteur insolvable et les créanciers avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, afin d'obtenir le meilleur résultat pour toutes les parties. Selon une autre approche, la suspension prend fin à l'issue d'une période de courte durée (30 jours par exemple), à moins qu'une partie n'obtienne d'un tribunal une ordonnance prolongeant la durée de la suspension pour des motifs précisés dans la loi sur l'insolvabilité. Ces motifs peuvent comprendre le fait qu'il existe une possibilité raisonnable de vendre l'entreprise dans l'optique d'une poursuite de ses activités; cette vente maximise la valeur de l'entreprise et les créanciers garantis ne subissent pas un préjudice déraisonnable.

18. Une suspension se justifie davantage dans le cas où la procédure d'insolvabilité est une procédure de redressement. En effet, le but de cette dernière est de restructurer une entreprise potentiellement viable, de façon à en rétablir la prospérité et la viabilité financière et à maximiser les restitutions en faveur des créanciers. Il peut alors être nécessaire de restructurer les finances de l'entreprise par des moyens tels que des remises de dettes, un rééchelonnement des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la vente de tout ou partie de l'entreprise en vue de la poursuite de ses activités. Il est fréquent que, si l'on retire des biens grevés de l'entreprise, il devient vain d'essayer de continuer l'exploitation et de vendre l'entreprise dans l'optique d'une poursuite des activités. En conséquence, une loi sur l'insolvabilité peut étendre l'application d'une suspension aux créanciers garantis pendant la période nécessaire à la mise au point et à la présentation d'un plan de redressement aux créanciers.

19. Si l'action de réalisation d'un créancier garanti est suspendue, le régime d'insolvabilité doit prévoir des garanties qui protègent la valeur économique des sûretés. De telles garanties peuvent comprendre des ordonnances judiciaires prévoyant le paiement comptant d'intérêts relatifs à la créance garantie, des versements visant à compenser la dépréciation des biens grevés et l'extension de la sûreté à des biens supplémentaires ou de remplacement.

20. En outre, une loi sur l'insolvabilité pourrait aussi éviter à un créancier garanti les inconvénients d'une suspension en autorisant le représentant de l'insolvabilité à remettre les biens grevés au créancier garanti. Une telle mesure pourrait être motivée notamment par les considérations suivantes: les biens grevés sont dépourvus de valeur pour la masse de l'insolvabilité, ils ne sont pas essentiels pour

la vente de l'entreprise et il n'est pas possible ou trop difficile de protéger la valeur de la sûreté.

21. Lorsque la valeur des biens grevés est plus élevée que la créance garantie, la masse de l'insolvabilité a un droit sur l'excédent. En l'absence d'insolvabilité, le créancier garanti devrait restituer au constituant le produit excédentaire. En cas de disposition des mêmes biens au cours d'une procédure d'insolvabilité, l'excédent peut être distribué aux autres créanciers. En ce qui concerne celui qui est chargé de disposer des biens grevés, une loi sur l'insolvabilité devrait déterminer si la solution retenue en dehors du cadre d'une insolvabilité doit également être applicable en cas de procédure d'insolvabilité. Par exemple, si la loi concernant les opérations garanties autorise le créancier garanti à disposer d'un bien dans l'hypothèse où il n'y a pas d'insolvabilité, il convient d'établir si c'est le créancier garanti plutôt que le représentant de l'insolvabilité qui doit procéder à la disposition des biens grevés concernés au cours d'une procédure d'insolvabilité.

c) Participation des créanciers garantis aux procédures d'insolvabilité

22. Si les créanciers garantis sont tenus de participer aux procédures d'insolvabilité, le régime d'insolvabilité doit faire en sorte que cette participation protège efficacement les intérêts des créanciers garantis (voir document A/CN.9/WG.VI/WP.58, par. 199 à 203). Par exemple, la notification avisant les créanciers de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité doit indiquer si les créanciers garantis doivent présenter une réclamation et, dans l'affirmative, dans quelle mesure¹.

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

d) Validité des sûretés et actions en annulation

24. D'une manière générale, une sûreté valable en général doit être reconnue comme également valable dans une procédure d'insolvabilité. Cependant, une contestation de la validité d'une sûreté dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité doit s'appuyer sur les mêmes motifs que ceux qui peuvent être invoqués pour contester une quelconque autre créance. Dans de nombreux pays, le représentant de l'insolvabilité peut, par exemple, annuler ou priver d'efficacité toute cession frauduleuse ou préférentielle effectuée par le débiteur insolvable au cours d'une période déterminée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La constitution

¹ En ce qui concerne la notification adressée aux créanciers étrangers, voir article 14 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et par. 106 à 111 du guide de la mise en œuvre de cette Loi type.

ou la cession d'une sûreté est une cession de bien soumise à ces dispositions générales et, si cette cession est frauduleuse ou préférentielle, le représentant de l'insolvabilité doit avoir le droit d'annuler la sûreté ou de la priver d'efficacité. En conséquence, une sûreté qui est valable en vertu du régime d'opérations garanties d'un État peut être annulée, dans certaines circonstances, en vertu du régime d'insolvabilité du même État (voir A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 124 à 151).

e) Ordre de priorité des sûretés

25. Un régime d'opérations garanties établit l'ordre de priorité des droits sur les biens grevés (voir chap. VII). Les législations sur l'insolvabilité peuvent affecter cet ordre de priorité (voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 217 à 233). C'est ainsi que de nombreuses législations donnent la priorité aux créances découlant du défaut de paiement de rémunérations et indemnités des salariés, de dommages causés à l'environnement et de dettes fiscales (créances privilégiées). Bien que la plupart des systèmes juridiques reconnaissent à ces créances une priorité par rapport aux seules créances non garanties, certains régimes leur octroient un rang supérieur même aux créances garanties. Il est cependant souhaitable que les exceptions de ce type au principe de la priorité des créanciers garantis soient limitées, étant donné que plus il y a d'incertitude quant au nombre et au montant de telles créances, plus grand est l'effet négatif sur la disponibilité et le coût du crédit.

[Note au groupe de travail: le paragraphe précédent porte sur l'ordre de priorité des créanciers garantis et préférentiels. Lorsqu'un régime relatif à l'insolvabilité modifie l'ordre de priorité des créanciers garantis et chirographaires en cas d'insolvabilité, cela peut inciter les créanciers chirographaires à engager une procédure d'insolvabilité. Bien que cette incitation doive être mise en balance avec le fait que, pour leur part, les créanciers garantis sont incités à surveiller les débiteurs, il faut qu'un tel régime prévoit des garanties pour prévenir toute utilisation abusive, par les créanciers chirographaires, du régime d'insolvabilité comme moyen de recouvrement de dettes. Le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité ne recommande aucune modification du rang des créanciers garantis par rapport aux créanciers chirographaires. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'aborder cette question dans le projet de guide législatif sur les obligations garanties.]

26. Le représentant de l'insolvabilité peut exposer des dépenses pour l'entretien des biens grevés et payer celles-ci par prélèvement sur les fonds généraux de la masse de l'insolvabilité. Comme ces dépenses préservent la valeur économique de la sûreté, le fait de ne pas donner à ces dépenses administratives une priorité sur les créanciers garantis enrichirait injustement ces derniers au détriment des créanciers chirographaires. Toutefois, pour prévenir les dépenses injustifiées, une loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir que la priorité n'est applicable qu'au montant raisonnable de dépenses prévisibles.

27. Le représentant de l'insolvabilité peut être autorisé à accorder à des créanciers qui consentent un crédit à la masse de l'insolvabilité une sûreté sur des biens déjà grevés d'une sûreté constituée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. À cet égard, il convient de déterminer si les créanciers qui obtiennent une sûreté après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devraient pouvoir obtenir une priorité par rapport aux créanciers garantis dont les droits sont antérieurs. Dans les systèmes juridiques dans lesquels les priorités de ce type sont reconnues, elles sont rarement

accordées sans le consentement des créanciers garantis dont les droits deviendraient ainsi subordonnés (voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 187 à 190).

[Note au Groupe de travail: le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de donner plus de détails sur la priorité des crédits consentis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, en indiquant notamment les conditions minimales acceptables pour l'octroi d'une priorité à un créancier qui a obtenu une sûreté après l'ouverture de la procédure par rapport à un créancier dont la sûreté est antérieure.]

f) Plans de redressement

28. La procédure de redressement vise principalement à maximiser la valeur de l'entreprise du débiteur (et les restitutions aux créanciers), par l'élaboration d'un plan de redressement (voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 261 à 286). Une suspension des poursuites au cours de l'élaboration d'un plan peut différer l'exercice des droits des créanciers garantis, sans pour autant porter atteinte à leurs sûretés quant au fond. Cependant, une fois que le plan a été élaboré, il faut déterminer qui doit l'approuver avant qu'il ne puisse entrer en vigueur (en ce qui concerne l'approbation du plan par les créanciers garantis, voir document A/CN.9/WG.V/WP.58, par. 276 et 277). D'autre part, il convient de déterminer qui est lié par ce plan. Si les créanciers garantis ne sont pas liés par le plan et ont droit en définitive à la valeur économique intégrale de leurs sûretés, l'approbation par les créanciers garantis n'est pas nécessaire, dans la mesure où leurs droits ne sont pas lésés.

29. Cependant, comme le redressement peut n'être possible que si les créanciers garantis reçoivent moins que la valeur intégrale de leurs créances garanties, la plupart des régimes d'insolvabilité prescrivent que les créanciers doivent approuver un plan à une certaine majorité fondée sur leur nombre et le montant de leurs créances. Dans certains régimes, les créanciers garantis peuvent voter collectivement sur un plan qui propose de porter atteinte à leurs créances. Bien qu'un vote collectif approuvant le plan lie les créanciers garantis opposants, ces régimes prescrivent généralement que les opposants reçoivent au moins autant que ce qu'ils auraient reçu dans le cadre d'une liquidation.

30. Dans la plupart des régimes d'insolvabilité, un tribunal doit entériner un projet de plan de redressement. Dans ce cas, la loi sur l'insolvabilité doit énoncer les motifs pour lesquels un tribunal peut rejeter le plan. Ces motifs incluent notamment la probabilité d'un échec du plan proposé parce que les créanciers garantis ne sont pas liés par lui et peuvent enlever des biens grevés essentiels à l'entreprise faisant l'objet du plan. Dans ces circonstances, certains régimes prescrivent que le tribunal peut décider que les créanciers garantis sont liés par le plan si certaines conditions sont remplies. Celles-ci comprennent la prise par le tribunal de mesures assurant une protection suffisante de la valeur économique des sûretés.

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le traitement des sûretés dans le cas d'un redressement amiable, compte tenu des délibérations pertinentes du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) (voir documents A/CN.9/507, par. 244, et A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1).]

B. Résumé et recommandations

31. Un régime d'opérations garanties devrait établir des règles claires en matière de priorité, faciliter la réalisation et reconnaître l'autonomie des parties. Les exceptions éventuelles devraient être limitées, claires et transparentes.

32. En principe, les biens grevés devraient être inclus dans la masse de l'insolvabilité. L'opportunité d'y inclure aussi les biens faisant l'objet d'une réserve ou d'un transfert de propriété (voir chap. III, section A.3) dépend de l'existence ou non d'une catégorie générale de sûretés qui englobe ces quasi-sûretés.

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les conventions de transfert ou de réserve de propriété devraient être regroupées dans une catégorie générale de sûretés.]

33. Si les créanciers garantis sont tenus de participer à une procédure d'insolvabilité, le régime d'insolvabilité doit faire en sorte que leur participation est suffisamment efficace pour protéger leurs intérêts.

34. La distinction entre une procédure d'insolvabilité visant à liquider les biens d'un débiteur insolvable et une procédure visant à sauver l'entreprise du débiteur insolvable justifie un traitement différent des sûretés selon le type de procédure.

35. À quelques exceptions près (voir par. 13), la nécessité de suspendre la réalisation d'une sûreté s'impose moins lorsque la procédure d'insolvabilité est une procédure de liquidation que lorsqu'il s'agit d'une procédure de redressement. L'application de la suspension, sa durée et les motifs de levée de la suspension doivent être adaptés en conséquence. En tout état de cause, les créanciers garantis doivent bénéficier de dispositions assurant une protection appropriée de la valeur économique de leurs sûretés lorsque leur droit de réaliser ces dernières est différé par la suspension.

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les politiques déterminant qui doit disposer des biens grevés lorsqu'il n'y a pas d'insolvabilité doivent également être appliquées d'une manière générale dans les procédures d'insolvabilité.]

36. Sous réserve d'actions en annulation, les sécurités constituées avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doivent être également valables dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

37. En règle générale, la procédure d'insolvabilité ne doit pas modifier le rang de priorité des créances garanties antérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La certitude et la transparence relatives aux exceptions éventuellement nécessaires contribuent à limiter les effets négatifs sur la disponibilité et le coût du crédit.

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les crédits obtenus après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et garantis par des sûretés sur des biens déjà grevés doivent bénéficier d'une priorité par rapport aux créanciers garantis bénéficiant déjà de sûretés sur les mêmes biens et, dans l'affirmative, dans quelles conditions.]