Nations Unies A/CN.9/637/Add.8

Assemblée générale

Distr.: Générale
16 octobre 2007

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Reprise de la quarantième session
Vienne, 10-14 décembre 2007

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du secrétariat*

Additif

Table des matières

		Paragraphes	Page
XIV.	Insolvabilité	1-67	3
	A. Remarques générales	1-67	3
	1. Introduction	1-6	3
	2. Terminologie	7-12	4
	3. Principes généraux applicables aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité	13	5
	4. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité	14-17	6
	a) Effets de l'insolvabilité: *lex fori concursus*	15-16	6
	b) Exceptions à la *lex fori concursus*	17	7

* La présente note a été soumise deux 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.

V.07-87493 (F) 041207 051207

5. Traitement des actifs grevés 18-36 7

a) Identification des actifs qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité 19-25 7

b) Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites 26-34 9

c) Utilisation et disposition des actifs grevés 35-36 11

6. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure 37-38 12

7. Traitement des contrats 39-42 12

a) Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme 39-41 12

b) Continuation ou rejet des contrats 42 13

8. Action en annulation 43-44 13

9. Participation de créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité 45-46 14

10. Procédure de redressement 47-53 14

a) Approbation d'un plan de redressement 47-51 14

b) Évaluation des actifs grevés 52-53 16

11. Procédure de redressement accélérée 54-55 16

12. Traitement des créances garanties 56-58 16

13. Classement des créances garanties 59-63 17

14. Opérations de financement d'acquisitions 64-66 19

15. Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure 67 20

B. Recommandations 20

XIV. Insolvabilité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les chapitres précédents du Guide présentent des commentaires et des recommandations visant à aider les États à élaborer des lois efficaces et efficientes sur les opérations garanties. L'objectif a été d'exposer un cadre pour réglementer les droits des constituants, des créanciers garantis et des tiers toutes les fois que des constituants veulent grever des biens de sûretés réelles mobilières. Le Guide n'aborde pas en général les questions liées au droit fondamental des obligations et des biens, et ne traite pas non plus directement des questions de procédure civile ni du régime régissant l'exécution des jugements. Il laisse ces questions à d'autres domaines du droit. Il est cependant un domaine, celui du droit de l'insolvabilité, où dans la pratique le régime des opérations garanties interagit profondément avec un autre droit et il faut donc l'aborder directement dans le présent Guide.

2. 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 droits régis par une loi sur les opérations garanties sont affectés 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 pour obtenir un crédit, développer leur entreprise et 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 garanties dues ne sont pas exécutées, la probabilité que la valeur économique des actifs grevés soit réalisée de manière à satisfaire les obligations garanties.

3. Une loi sur l'insolvabilité, en revanche, porte principalement sur des questions commerciales et économiques collectives. Elle vise, entre autres objectifs, à préserver et maximiser la valeur des actifs du débiteur au profit collectif des créanciers, et à faciliter une répartition équitable entre les créanciers. On aidera à atteindre ces objectifs en empêchant que les créanciers ne se précipitent pour faire valoir chacun ses droits sur les actifs d'un débiteur commun, et en facilitant le redressement des entreprises commerciales viables et la liquidation de celles qui ne le sont pas. C'est pourquoi une loi sur l'insolvabilité peut affecter les droits des créanciers garantis de différentes manières lorsque s'ouvre une procédure d'insolvabilité.

4. 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 révise 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, comme cela est recommandé dans tout le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (ci-après dénommé "*Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*"), que la CNUDCI a adopté le 25 juin 2004[1].

5. Les effets sur les sûretés de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont décrits en détail, pour ce qui concerne le droit de l'insolvabilité, dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.* Le présent chapitre a pour but de mettre en évidence certains des principaux points d'intersection entre une loi sur l'insolvabilité et une loi sur les opérations garanties. Sa section A.3 examine les principes généraux applicables aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité, la section A.4 passe en revue la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité, tandis que la section A.5 est consacrée au traitement des biens grevés. La section A.6 examine le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la section A.7 le traitement des contrats et la section A.8 l'action en annulation. Les trois sections suivantes traitent de la participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité (section A.9), de la procédure de redressement (section A.10) et de la procédure de redressement accélérée (section A.11). Les quatre dernières sections examinent le traitement des créances garanties (section A.12), le classement des créances garanties (section A.13), les opérations de financement d'acquisitions (section A.14) et les créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure (section A.15).

6. Pour donner dans le présent Guide une analyse suffisante des effets d'une procédure d'insolvabilité sur les sûretés réelles mobilières, les recommandations fondamentales du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* qui se rapportent particulièrement aux sûretés sont incluses dans le présent chapitre. Pour une analyse plus complète, toutefois, il faudrait lire le présent chapitre en parallèle avec les commentaires et recommandations du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. Le présent chapitre comporte aussi une discussion de quelques recommandations supplémentaires portant sur des questions abordées dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, où elles n'ont cependant pas fait l'objet de recommandations. Les recommandations du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* figurent à la section B.1 du présent chapitre, et les recommandations supplémentaires à la section B.2.

2. Terminologie

7. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* et le présent Guide emploient un certain nombre de termes qui ont été définis (voir le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, Introduction, section B, Glossaire, et le présent Guide, Introduction, section B, Terminologie). Outre les recommandations mentionnées ci-dessus, la section B.1 du présent chapitre contient également quelques définitions reprises du

[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 http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, qui permettent de mieux comprendre les recommandations de ce dernier.

8. Certains termes définis dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* ne le sont pas à nouveau dans le présent Guide, où ils ont donc le même sens que dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. D'autres, en revanche, ont été soit légèrement remaniés, soit redéfinis dans le présent Guide et ils ont donc un sens différent dans le présent chapitre, ainsi qu'il est indiqué ci-dessous.

9. Le terme "sûreté réelle mobilière" (ci-après "sûreté") est défini dans le présent Guide. Tel qu'il est employé dans le présent chapitre, il n'a pas le même sens que le terme de "sûreté réelle" défini dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, terme plus large qui 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 (qui ne sont pas couvertes par la définition du présent Guide; voir recommandation 5) et les sûretés non conventionnelles (qui ne sont pas couvertes par la définition du présent Guide; voir Introduction, section B, Terminologie).

10. 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, et non dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. Dans ce dernier, sa définition est 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"; voir section B.1 ci-dessous). 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 Introduction, section B, Terminologie). Dans le présent chapitre, pour évoquer la "priorité" dans une procédure d'insolvabilité, on emploie le terme "classement des créances" (voir, par exemple, par. 59 à 63 ci-après).

11. 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité* et désigne donc une personne qui remplit les conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre I, par. 1 à 11 et recommandation 8).

12. 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 renvoyant à des situations où le constituant est le débiteur dans la procédure d'insolvabilité.

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

13. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* reconnaît en principe la création, l'opposabilité, la réalisation (voir recommandation 4 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*) et la priorité (voir recommandation 1 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*) d'une sûreté réelle mobilière instituée par une loi autre que la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 235 et 236 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 prévoie également des protections appropriées pour le créancier garanti. Ainsi qu'il est indiqué dans tout le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, 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

14. Il peut être difficile de déterminer la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté et les droits du créancier garanti après défaillance lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État et que certains des actifs du débiteur ou des créanciers 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 de conflit de lois applicables en dehors de ces procédures qui régiraient ces questions, sous réserve des limites exposées aux sections a) et b) ci-dessous et de l'application des dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 220 du présent Guide). Cela ressort clairement de la recommandation 30 du *Guide de la CNUDCI 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 conflit de lois pour déterminer la loi qui régit des questions telles que la constitution et l'opposabilité d'une sûreté existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

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

15. 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 conflit de lois de l'État du for, la constitution et l'opposabilité de la sûreté, il se pose une deuxième question, qui concerne les effets de l'ouverture de procédures d'insolvabilité sur les sûretés. Il faut se demander par exemple si la réalisation de la sûreté est suspendue et si la sûreté sera reconnue dans la procédure et, dans l'affirmative, quel sera son rang relatif. 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, y compris au classement des créances, à l'administration et à la conclusion de cette procédure (aux "effets de l'insolvabilité"; voir recommandation 31 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

16. La loi sur l'insolvabilité qui régit le rang de la sûreté peut modifier la priorité relative que celle-ci aurait en vertu de la loi sur les opérations garanties, et établir des catégories de créances qui, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, primeraient, lors de la répartition, une sûreté dans une procédure d'insolvabilité. Au moment de définir ces catégories de créances, il faudrait faire référence à 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. Indépendamment des questions de classement des

droits, une sûreté pourrait être soumise aux dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 88 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

b) Exceptions à la *lex fori concursus*

17. Si les effets de 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 situs* ou *lex rei sitae*). Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* traite de ces exceptions plus en détail (voir deuxième partie, chapitre I, par. 85 à 90 de ce guide), 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 34 et deuxième partie, chapitre I, par. 88).

5. Traitement des actifs grevés

18. 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 plusieurs questions. Il peut s'agir, 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

19. 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.1 ci-après). Ainsi, le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que la masse constituée à l'ouverture de la procédure comprenne, 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. La masse devrait aussi englober les droits du débiteur sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers, 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 35).

i) Actifs grevés

20. 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 en cas de liquidation. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* examine les actifs du débiteur qui entrent dans la masse (ainsi que ceux qui en sont exclus) et les effets de 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 (pour la définition du terme "actifs du débiteur", voir section B.1 ci-dessous; pour une discussion sur la masse, voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 7 à 9) et de suspendre, à l'ouverture, certaines actions vis-à-vis de sûretés (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 36 à 40, 56, 57 et 59 à 69, et recommandation 46, ainsi que les par. 26 et 27 ci-après)

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

21. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* (voir recommandation 35, alinéa b)), dispose qu'un actif acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité entre généralement dans la masse de l'insolvabilité.

22. 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 232 du présent Guide), à moins que le créancier garanti ne fournisse un financement supplémentaire. Si la sûreté s'étendait généralement aux actifs acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, 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.

23. Toutefois, si les actifs acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure sont le produit d'actifs sur lesquels 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 233 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 enclin à accorder au débiteur des crédits à des taux abordables, même si les perspectives d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étaient inexistantes.

24. 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.

25. 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. 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

26. 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 1). 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 46), 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandations 39 à 45). Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* examine en détail le champ des actions auxquelles un arrêt impératif ou provisoire des poursuites s'applique (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre 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, chapitre II, par. 41 à 53 et 58); et les mesures destinées à protéger les intérêts des créanciers garantis (voir deuxième partie, chapitre II, par. 59 à 69; voir aussi *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité,* recommandations 39 à 51).

i) Portée de l'arrêt des poursuites

27. 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, Réalisation d'une sûreté, du présent Guide). Il s'étend aussi aux actions tendant à constituer une sûreté ou à rendre une sûreté opposable (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 46). 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. 31 à 34 ci-après).

28. 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 les recommandations 176 et 189 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

29. Dans les procédures de redressement, sous réserve des mesures de protection décrites ci-dessous, il est souhaitable que l'arrêt s'applique aux sûretés 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.

30. Il est également souhaitable que l'arrêt s'applique aux sûretés dans les procédures de liquidation, en particulier pour faciliter la vente de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que l'arrêt s'applique pendant une courte période (30 à 60 jours, par exemple), clairement indiquée dans la loi sur l'insolvabilité et prorogeable 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 limitées (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 49).

iii) Protection des créanciers garantis

31. 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 50). 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

32. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que les motifs d'aménagement de l'arrêt ou de libération de l'actif grevé comprennent 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 51). 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 contre ce bien conformément à la loi applicable. Tout excédent restant après paiement de l'obligation garantie entrerait dans la masse.

33. 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).

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

c) Utilisation et disposition des actifs grevés

35. Les créanciers garantis seront toujours préoccupés par la manière dont les actifs grevés sont traités après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le traitement de ces actifs 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.

36. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que la loi sur l'insolvabilité permette d'utiliser et de disposer des actifs grevés ou de les grever d'une nouvelle sûreté réelle dans la procédure d'insolvabilité. Elle énonce des recommandations sur les conditions dans lesquelles des actifs grevés libres de toute sûreté peuvent être vendus (par exemple, le fait que la sûreté sur un actif doive 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 74 à 89 et recommandations 52 à 59).

6. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

37. 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.

38. 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. Alors que certains États 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, le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que la constitution de cette sûreté (parfois dénommée "privilège") ne soit 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, chapitre II, par. 94 à 107 et les recommandations 63 à 68 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*.

7. Traitement des contrats

a) Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

39. 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. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que de telles clauses soient inopposables au représentant de l'insolvabilité et au débiteur (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 70).

40. 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 ou en prévoyant une exception à une annulation générale de ces clauses pour certains types de contrats. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que les contrats faisant l'objet d'une exception à une annulation générale comprennent les contrats financiers et que des règles spéciales s'appliquent dans le cas des contrats de travail (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandations 70 et 71).

41. La loi sur l'insolvabilité pourrait aussi 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. Il ne serait pas équitable d'exiger d'un prêteur qu'il accorde des prêts ou d'autres facilités de crédit à 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 22 ci-dessus, aucun actif grevé supplémentaire n'est accordé après l'ouverture au créancier garanti (voir recommandation 234 du présent Guide).

b) Continuation ou rejet des contrats

42. 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité* fait un certain nombre de recommandations relatives au traitement des contrats à l'ouverture de la procédure. Elles comprennent des recommandations sur 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 108 à 147, et recommandations 69 à 86). 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 208 à 215 et recommandation 101).

8. Action en annulation

43. Comme mentionné ci-dessus, la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître en principe l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière qui est opposable en vertu du droit des opérations garanties. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, néanmoins, la sûreté peut être annulée pour les mêmes motifs que n'importe quelle 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 87). Par conséquent, si le

débiteur grevait 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, l'opération serait susceptible d'annulation en tant qu'opération préférentielle ou opération à prix sous-évalué. Le *Guide de la CNUDCI 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, chapitre II, par. 148 à 203 et recommandations 87 à 99 de ce guide).

44. 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 les recommandations 176 et 189 du présent Guide), mais pendant la période suspecte; et l'acquisition d'un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle des obligations garanties (voir les recommandations 153 à 156 du présent Guide) à un prix nettement inférieur à sa valeur réelle.

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

45. 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 126). Cette participation peut prendre différentes formes. Dans certaines lois elle comprend le droit d'être entendu et de comparaître pendant la procédure, tandis que dans d'autres elle inclut le droit de se prononcer par vote sur certaines questions spécifiées, comme la sélection (et la révocation) du représentant de l'insolvabilité et l'approbation d'un plan de redressement, le droit de donner des conseils au représentant de l'insolvabilité si cela lui est demandé ou sur des questions spécifiées dans la loi sur l'insolvabilité, et d'exercer d'autres devoirs et fonctions déterminés par la loi sur l'insolvabilité, les tribunaux ou le représentant de l'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; si le créancier garanti n'a pas une sûreté suffisante, il pourrait participer comme créancier chirographaire dans la mesure où l'actif grevé ne permet pas d'exécuter son obligation.

46. Le *Guide de la CNUDCI 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, chapitre III, par. 75 à 115 et recommandations 126 à 137).

10. Procédure de redressement

a) Approbation d'un plan de redressement

47. 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 ainsi

que de la mesure dans laquelle la valeur de l'actif grevé remboursera la créance du créancier garanti. Lorsque la valeur de l'actif grevé n'est pas suffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, celui-ci peut participer à la fois en tant que créancier garanti et créancier chirographaire.

48. 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité,* recommandation 146). 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 lois prévoient que chaque créancier garanti constitue une catégorie en soi.

49. 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). Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* examine la procédure de redressement de manière assez détaillée (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre IV, par. 26 à 75 et recommandations 139 à 159), y compris le vote des créanciers garantis (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre IV, par. 34 à 39 et recommandations 146, 150 et 151).

50. 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.

51. 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

52. Les recommandations 49 c) ii), 50, 51 b), 54 a), 58 d), 59 c) et 67 c) du *Guide de la CNUDCI* sur l'insolvabilité prévoient, de manière générale, la protection de la valeur des actifs grevés dans les procédures d'insolvabilité. La recommandation 152 b) du même Guide 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité* (voir deuxième partie, chapitre II, par. 66 à 69 de ce guide et par. 33 ci-dessus).

53. 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité*), il faudra tenir compte de l'utilisation des actifs grevés, des objectifs de l'évaluation et d'autres considérations pertinentes. La valeur de liquidation des actifs pourra se fonder, par exemple, sur leur valeur d'exploitation (voir recommandation 239 du présent Guide), qui représente peut-être de façon plus exacte la valeur des actifs grevés compte tenu de l'utilisation qui en sera faite.

11. Procédure de redressement accélérée

54. 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.

55. 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre IV, par. 87 à 92 et recommandations 160 à 168).

12. Traitement des créances garanties

56. Une question importante pour les créanciers garantis est de savoir s'ils seront tenus de déclarer leurs créances dans la procédure d'insolvabilité. 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 de tels cas, ils ne doivent le faire que dans la mesure où leur créance n'a pas été entièrement couverte par la valeur de vente de l'actif grevé (voir *Guide de la*

CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chapitre V, par. 1 à 50 et recommandations 169 à 184).

57. 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.

58. 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 (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 178). 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) (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 179). 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre V, par. 38 et recommandation 179).

13. Classement des créances garanties

59. 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 Introduction, section B, Terminologie, du présent Guide), y compris des autres créanciers garantis et chirographaires d'un débiteur, 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 ces droits avant d'autres créances, telles que les frais d'administration et les autres créances (créances fiscales ou créances salariales, par exemple). Ces lois prévoient que les créances garanties devraient être payées sur le produit de la vente de certains actifs grevés ou sur les fonds généraux, suivant la manière dont sont traités les actifs grevés dans la loi sur l'insolvabilité (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité,* recommandation 188). Cependant, lorsque 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. En conséquence, elles devront peut-être être recouvrées du produit de la vente d'actifs grevés ou de la valeur qui leur est attribuée (voir la recommandation 238 du présent Guide).

60. 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. 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).

61. 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 par. 37 et 38 ci-dessus) à condition que les droits des créanciers antérieurs puissent être protégés (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandations 66 et 67).

62. 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 80 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre V, paragraphes. 51 à 79 et recommandations 185 à 193.

63. 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 237 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

64. 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 en fonction de la manière dont un droit particulier est caractérisé dans une loi sur les opérations garanties; la manière dont les droits sont traités dans la loi sur les opérations garanties détermine en général la manière dont ils le seront dans l'insolvabilité. En conséquence, le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* n'aborde pas la question de savoir comment ces droits sont caractérisés dans la loi sur les opérations garanties mais seulement leur traitement dans l'insolvabilité, étant donné leur caractérisation par la loi sur les opérations garanties.

65. 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 183, chapitre XI, approche unitaire du financement d'acquisitions, du présent Guide). Le même résultat se produirait toutes les fois qu'une loi sur les opérations garanties caractérise une opération comme donnant lieu à une sûreté réelle mobilière (voir recommandation 198, alternative A, chapitre XI, approche non unitaire du financement d'acquisitions, du présent Guide). Il s'ensuit que les dispositions du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* applicables aux sûretés s'appliqueraient à ces diverses sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition. Lorsque les États traitent séparément les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails, les actifs qui font l'objet de ces opérations ne sont souvent pas traités par la loi sur les opérations garanties comme des actifs grevés d'une sûreté réelle mobilière, mais comme des actifs appartenant au vendeur ou au bailleur. Par conséquent, les dispositions du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* relatives aux actifs appartenant à des tiers s'appliqueraient à ces opérations (voir recommandation 198, alternative B, approche non unitaire, du présent Guide).

66. 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 de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. Dans les deux alternatives de l'approche non unitaire (voir alternatives A et B de la recommandation 198 de ce guide), on pourra noter que le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande souvent d'appliquer le même traitement aux titulaires de sûretés et d'actifs appartenant à des tiers. C'est le cas par exemple de la recommandation 88 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* (application de pouvoirs d'annulation, notamment aux sûretés); de la recommandation 35 (inclusion des droits du débiteur sur les actifs grevés de la masse); des recommandations 39 à 51 (application de mesures provisoires, arrêt des poursuites relatives aux actifs grevés et aménagement de l'arrêt des poursuites); de la recommandation 52 (utilisation et disposition des actifs de la masse, y compris

les actifs grevés); de la recommandation 54 (utilisation d'actifs appartenant à des tiers); et des recommandations 69 à 86 (traitement des contrats).

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

67. Un transfert pur et simple d'une créance entre dans le champ d'application du présent Guide, bien qu'il ne soit pas effectué pour garantir l'exécution d'une obligation (voir recommandations 3 et 164 du présent Guide). En tout état de cause, quelle que soit la manière dont il est traité dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité traite le transfert pur et simple d'une créance comme tout autre transfert par le débiteur d'un actif avant l'ouverture de la procédure (voir d'une façon générale *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 35, alinéa a)).

B. Recommandations

[*Note à la Commission: La Commission voudra peut-être noter qu'étant donné que le document A/CN.9/637 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.*]