



Assemblée générale

Distr.: Limitée
11 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	1-47	2
IX. Défaillance et réalisation.	1-47	2
A. Remarques générales.	1-40	2
1. Introduction	1-4	2
2. Principaux objectifs	5-11	3
3. Défaillance	12-16	5
a) Signification du mot "défaillance"	12	5
b) Mesures visant à remédier à une défaillance	13	5
c) Avis de défaillance	14-15	5
d) Contrôle judiciaire ou administratif	16	6
4. Options à la suite d'une défaillance	17-39	6
a) Action judiciaire en vue de la réalisation de la sûreté	19-24	7
b) Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation	25	8

* Le présent additif est soumis quatre semaines après la date normale, qui doit précéder de 10 semaines le début de la réunion, étant donné que le secrétariat de la Commission était entièrement occupé par l'établissement d'autres documents, notamment de 11 additifs au document A/CN.9/WG.VI/WP.2, dont 10 ont déjà été soumis.



c) Acceptation des biens grevés pour l'exécution de l'obligation garantie	26-27	8
d) Mainlevée de la sûreté sur les biens grevés	28	9
e) Disposition autorisée effectuée par le constituant	29	9
f) Retrait des biens grevés du contrôle du constituant.	30-31	9
g) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés	32-34	9
h) Répartition du produit d'une disposition	35-36	10
i) Extinction de la sûreté après la disposition	37	10
j) Variations par rapport au cadre général	38-39	11
5. Actions judiciaires intentées par d'autres créanciers	40	11
B. Résumé et recommandations	41-47	11

IX. Défaillance et réalisation

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Le présent chapitre examine la réalisation de la sûreté par le créancier garanti si le débiteur ne s'acquitte pas d'une obligation garantie alors qu'il n'est pas insolvable (l'insolvabilité est abordée au chapitre X).

2. Un créancier garanti raisonnable s'attend à ce qu'un débiteur s'acquitte de ses obligations sans que le créancier soit obligé de faire jouer ses droits sur les biens grevés. Pour sa part, un débiteur raisonnable s'attend également à pouvoir s'acquitter de ses obligations. Cependant, l'un et l'autre sont conscients qu'il peut arriver que le débiteur ne soit plus en mesure de le faire. Cela peut résulter d'erreurs de gestion ou d'appréciation, mais la défaillance peut également résulter de raisons indépendantes de la volonté du débiteur, telles que le ralentissement de la conjoncture dans un secteur ou une évolution défavorable de la situation économique générale.

3. Les créanciers raisonnables examinent périodiquement les activités professionnelles de leurs débiteurs ou les biens grevés, et prennent contact avec ceux de leurs débiteurs qui semblent avoir des difficultés financières. Les débiteurs raisonnables coopèrent avec leurs créanciers pour trouver des moyens de surmonter ces difficultés financières. Des créanciers et des débiteurs qui coopèrent peuvent conclure des arrangements, qui prolongent le délai de paiement, réduisent l'obligation des débiteurs ou modifient des conventions constitutives de sûreté. Les négociations visant à parvenir à un arrangement sont influencées par deux facteurs juridiques principaux: le droit du créancier garanti de réaliser sa sûreté si le débiteur ne s'acquitte pas de l'obligation garantie et la possibilité d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le débiteur.

4. Au cœur du régime d'opérations garanties se trouve le droit du créancier garanti de se fonder sur la valeur des biens grevés pour obtenir l'exécution de l'obligation garantie si le débiteur est défaillant. Le produit, que le créancier estimera pouvoir tirer de la disposition des biens grevés, influera sur la disponibilité et le coût du crédit. Les coûts entraînés par la réalisation de la valeur d'une sûreté

sont également des coûts dont le créancier tient compte lorsqu'il calcule le montant et le coût du crédit qu'il est disposé à consentir au débiteur.

2. Principaux objectifs

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la présente section doit être conservée et développée dans le présent chapitre ou si les objectifs devraient faire l'objet d'une analyse de fond dans le chapitre II. Si cette seconde option est retenue, il existe certaines similitudes entre les points i) et iv) ci-après, et les objectifs A et G du chapitre II, bien que ce dernier doive peut-être être quelque peu modifié en vue de l'incorporation des observations présentées ci-après.]

5. Conformément aux objectifs essentiels d'un régime efficace, qui sont énoncés au chapitre II, un régime d'opérations garanties devrait comporter les objectifs spécifiques suivants en ce qui concerne une procédure relative à la défaillance et à la réalisation:

i) Énoncer des règles claires, simples et transparentes concernant la réalisation des sûretés à la suite d'une défaillance du débiteur, et concernant les droits, les obligations et le rang des parties intéressées après la défaillance

6. Un régime d'opérations garanties devrait énoncer des règles de procédure et de fond concernant la réalisation d'une sûreté après la défaillance d'un débiteur. Ces règles devraient permettre aux parties de déterminer ce qu'il convient de faire des biens grevés et comment doit être réparti le produit d'une disposition des biens grevés. Elles devraient également porter sur l'insuffisance des fonds ou l'excédent (c'est-à-dire la différence entre la valeur monétaire de l'obligation garantie et le produit de la disposition des biens grevés), dont le débiteur est redevable ou qui lui est dû. Il faut que ces règles soient claires, simples et transparentes pour qu'il existe une certitude quant au résultat probable d'une procédure de réalisation. Sinon, un créancier garanti incorporera le risque supplémentaire créé par toute incertitude dans le coût du crédit qu'il consent.

ii) Maximiser la valeur de réalisation des biens grevés d'une façon compatible avec la protection des droits des parties intéressées et du public

7. Une maximisation du montant retiré de la disposition des biens grevés après la défaillance du débiteur présente des avantages pour toutes les parties intéressées (c'est-à-dire le créancier garanti, le débiteur, le constituant et les autres créanciers). Le créancier garanti bénéficie d'une réduction éventuelle du montant dont le débiteur peut encore être redevable après la réalisation. Le débiteur ou le constituant et les autres créanciers du débiteur, quant à eux, bénéficient soit d'une réduction de l'insuffisance des fonds, soit d'une augmentation de l'excédent. Un régime d'opérations garanties peut maximiser la valeur réalisée en réduisant les frais liés à la disposition des biens grevés, ce qui accroît le produit de cette disposition.

8. Toute procédure mise en œuvre doit être compatible avec la nécessité de protéger les droits des parties intéressées et du public. Il est essentiel qu'un régime d'opérations garanties détermine quelles modifications il convient éventuellement d'apporter aux règles normales de recouvrement des créances. Par exemple, certains régimes prévoient une procédure judiciaire accélérée. D'autres délèguent au

créancier garanti le pouvoir de prendre possession des biens grevés et d'en disposer sans intervention directe des pouvoirs publics ou d'un administrateur indépendant. Cependant, les procédures accélérées et les délégations de pouvoir doivent tenir compte du droit des personnes à être entendues aux fins de la protection de revendications légitimes concernant les biens grevés. En outre, la répartition des ressources au sein du système judiciaire et toute délégation de pouvoir à des particuliers soulèvent nécessairement des questions d'intérêt général.

iii) Donner un caractère définitif à l'opération lorsque la procédure de réalisation a été respectée

9. L'achèvement du processus de réalisation de la valeur de la sûreté doit marquer une conclusion. La sûreté du créancier garanti sur les biens grevés doit prendre fin. Si les biens grevés ont fait l'objet d'une disposition, les droits du constituant sur ces biens doivent également prendre fin. La loi doit également déterminer si les sûretés d'autres créanciers garantis sur les biens grevés sont maintenues malgré la disposition des biens au cours de la procédure de réalisation. À cet égard, la loi peut établir une distinction entre les sûretés prioritaires et non prioritaires (c'est-à-dire établir si d'autres créanciers garantis ont ou non priorité sur le créancier qui prend l'initiative de la réalisation).

iv) Définir clairement la mesure dans laquelle le créancier garanti et le constituant peuvent convenir de la procédure de réalisation de la valeur des biens grevés

10. Le principe de la liberté contractuelle repose sur l'idée que les parties sont les meilleurs juges de l'intérêt d'un échange contractuel envisagé. L'ensemble des échanges contractuels entraîne une allocation efficace des ressources dans une économie. Ce principe doit être mis en balance avec le principe selon lequel un contrat bilatéral ne doit pas porter atteinte aux droits de tiers ou à l'intérêt général dans le cadre de questions telles que les abus de droit. Dans le contexte d'un régime de réalisation de sûretés, la loi doit définir la mesure dans laquelle le créancier garanti et le débiteur peuvent se mettre d'accord sur la procédure à suivre. En particulier, la loi peut établir une distinction entre les droits prévus par la loi qui peuvent être modifiés dans la convention initiale constitutive de sûreté et ceux qui ne peuvent être modifiés qu'après une défaillance.

v) Coordonner les droits et les procédures de réalisation du régime des sûretés avec les droits et procédures relatives aux sûretés dans une procédure d'insolvabilité

11. Une sûreté revêt une importance particulière pour un créancier garanti lorsque le débiteur connaît des difficultés financières. Un débiteur en proie à des difficultés financières risque davantage de ne pas s'acquitter de ses obligations et peut se retrouver, volontairement ou involontairement, dans une procédure d'insolvabilité. Si la valeur d'une sûreté est inférieure dans une procédure d'insolvabilité à ce qu'elle serait en dehors d'une telle procédure, le débiteur et les autres créanciers ont intérêt à précipiter le déclenchement de la procédure d'insolvabilité. Un créancier garanti soumis à un tel régime tient compte, lors de l'octroi d'un crédit, de la valeur moindre de la sûreté lors d'une procédure d'insolvabilité et réduit le crédit consenti ou en augmente le coût pour le débiteur. Des dispositions prévoyant la reconnaissance et la réalisation de sûretés dans le processus d'insolvabilité créent

une sécurité et facilitent l'octroi de crédit (le chapitre X examine la réalisation de sûretés dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité).

3. Défaillance

a) Signification du mot "défaillance"

12. Si un débiteur ne s'acquitte pas d'une obligation garantie, il se trouve dans une situation appelée "défaillance". L'accord conclu entre les parties et le droit général des obligations déterminent s'il y a eu ou non défaillance. Une convention de prêt, par exemple, peut énumérer des événements qui déterminent la défaillance et rendent le prêt immédiatement remboursable. La convention constitutive de sûreté définit habituellement ce qu'est la défaillance. Dans l'éventualité peu probable où les contrats sont muets, les principes généraux du droit des contrats établissent s'il y a ou non défaillance du débiteur. Une loi régissant les opérations garanties ne doit donc pas définir la défaillance. Si elle inclut une définition, il suffit que celle-ci indique qu'il y a défaillance lorsque le débiteur ne s'acquitte pas d'une obligation garantie ou est défaillant en vertu de la convention constitutive de sûreté ou d'une autre loi.

b) Mesures visant à remédier à une défaillance

13. Pour déterminer s'il convient que la loi permette à un débiteur de remédier à une défaillance, il faut mettre en balance la protection du débiteur, lorsque la défaillance n'indique pas une inaptitude à long terme à s'acquitter de ses obligations, avec la protection du créancier contre une exécution tardive des obligations et un cycle de défaillances et de mesures visant à y remédier. Bien que cette question des mesures visant à remédier à une défaillance puisse être entièrement régie par le droit général des obligations ou par des dispositions législatives spéciales concernant la protection des débiteurs, le fait que les biens grevés peuvent être soustraits au contrôle du débiteur peut attirer l'attention sur cette question dans le contexte d'une loi sur les opérations garanties. Si celle-ci aborde la question des mesures visant à remédier à une défaillance, elle doit être compatible avec la législation en vigueur et contenir des renvois explicites aux dispositions législatives auxquelles elle ne déroge pas, et ce à des fins de transparence.

c) Avis de défaillance

14. Ce n'est qu'en cas de défaillance du débiteur que le créancier garanti a le droit de réaliser sa sécurité sur les biens grevés. Une loi sur les opérations garanties devrait déterminer si un avis de défaillance doit être donné et, dans l'affirmative, à qui. Le principal avantage d'un tel avis est qu'il permet au débiteur et aux autres parties intéressées de défendre leurs intérêts. Par exemple, un débiteur pourrait contester que la défaillance se soit produite ou, si la loi l'y autorise, s'efforcer de remédier à la défaillance ou d'obtenir mainlevée de la sûreté sur les biens grevés. L'avis aux autres parties intéressées permet à ces dernières de suivre la réalisation ultérieure de la sûreté par le créancier garanti et, si elles sont des créanciers garantis dont les sûretés sont prioritaires, de prendre en main le processus de réalisation. Les inconvénients d'un avis comprennent son coût, le risque qu'un constituant peu coopératif ne mette les biens grevés hors de portée du créancier et la possibilité que

d'autres créanciers se précipitent pour démembrer l'entreprise du débiteur. Bien que certaines lois sur les opérations garanties n'exigent pas un avis de défaillance, beaucoup le font.

15. En ce qui concerne d'autres situations dans lesquelles un avis peut être nécessaire, une loi sur les opérations garanties devrait énoncer clairement le contenu minimal d'un tel avis, la façon dont il est donné et le moment où il doit l'être. À cet égard, la loi pourrait établir une distinction entre un avis au débiteur, un avis au constituant lorsque ce dernier n'est pas le débiteur, un avis aux autres créanciers et un avis aux autorités publiques et au public en général. Le créancier garanti pourrait par exemple être tenu de donner un préavis écrit au débiteur et au constituant et de déposer ensuite un avis dans un registre public. Le créancier pourrait également être tenu d'aviser par écrit ceux des autres créanciers garantis qui ont déposé un avis de leurs sûretés ou ont informé le créancier d'une autre façon. Selon un autre système, le responsable du registre pourrait être tenu de donner un tel avis. En ce qui concerne les informations qui devraient figurer dans l'avis, la loi pourrait prescrire qu'il doit contenir le décompte, établi par le créancier garanti, du montant dû en raison de la défaillance et la mention détaillée des mesures que le débiteur ou le constituant peuvent prendre pour remédier à la défaillance ou obtenir mainlevée de la sûreté sur les biens grevés. Le créancier garanti pourrait également être tenu de choisir, au moins à titre provisoire, les mesures qu'il a l'intention de prendre pour réaliser sa sûreté.

d) Contrôle judiciaire ou administratif

16. Pour que l'intégrité de la procédure de réalisation soit assurée, il faut que le débiteur et les autres parties intéressées puissent obtenir un contrôle judiciaire ou administratif des actes du créancier garanti. Le débiteur doit avoir la possibilité de contester l'affirmation du créancier garanti selon laquelle il y a eu défaillance, ou le calcul du montant dû à la suite de la défaillance. Pour éviter de retarder indûment une réalisation légitime, il faut que le contrôle soit effectué avec célérité. Le processus doit comporter des garanties de nature à dissuader les débiteurs de présenter des contestations dépourvues de fondement en vue de retarder la réalisation.

4. Options à la suite d'une défaillance

17. La plupart des systèmes juridiques prévoient qu'un créancier garanti peut obtenir l'exécution de l'obligation garantie par la voie judiciaire en suivant la même procédure que celle qui est utilisée pour faire exécuter une créance quelconque. Si un jugement est rendu au sujet de l'obligation garantie, il peut ensuite être exécuté de la même façon à l'égard de tous les biens du débiteur disponibles aux créanciers, y compris les biens grevés. Cependant, les paragraphes suivants portent sur la réalisation de la sûreté du créancier garanti sur les biens grevés, qu'elle ait lieu par la voie d'une action judiciaire ou par un autre moyen.

18. Lorsque le débiteur est défaillant, le créancier garanti peut être ou ne pas être en possession des biens grevés. Un créancier garanti en possession de ces derniers est protégé contre d'éventuels abus (par exemple, dissimulation ou utilisation abusive des biens) de la part du débiteur ou du constituant. Un régime d'opérations garanties doit également protéger le créancier garanti qui n'est pas en possession

des biens grevés contre de tels abus. Cependant, indépendamment de la question de la protection contre des abus potentiels, il n'y a pas de raison d'établir une distinction entre un créancier bénéficiaire d'une sûreté avec dépossession et les autres créanciers garantis, et les mêmes procédures de réalisation de la valeur de la sûreté doivent pouvoir être utilisées par tous les créanciers garantis.

a) Action judiciaire en vue de la réalisation de la sûreté

19. La mesure dans laquelle le créancier garanti doit faire appel aux tribunaux ou à d'autres autorités (par exemple un huissier, un notaire ou la police) pour réaliser sa sûreté constitue un aspect essentiel de tout régime d'opérations garanties.

20. Pour protéger le débiteur et les autres parties ayant des droits sur les biens grevés, de nombreux systèmes juridiques prescrivent que le créancier garanti doit faire appel aux tribunaux ou à d'autres autorités pour réaliser sa sûreté. Cependant, cela peut engendrer des retards et des dépenses que le débiteur peut en définitive devoir supporter, étant donné qu'ils sont incorporés dans le coût de l'opération financière et, en tout état de cause, réduisent la valeur de réalisation des biens grevés. En outre, cela nécessite le recours à des procédures formelles qui ne sont pas de nature à permettre d'obtenir un prix raisonnable pour les biens grevés.

21. Pour éviter ces problèmes, certains systèmes juridiques limitent le rôle des tribunaux et des autres autorités dans le processus de réalisation. Dans ces systèmes juridiques, le créancier garanti est souvent autorisé à réaliser sa sûreté sans intervention préalable d'institutions officielles telles que les tribunaux, les huissiers ou la police. D'autres systèmes juridiques ne prévoient qu'une intervention préalable limitée d'institutions officielles dans le processus de réalisation¹. L'avantage de ce système tient dans le fait que, par rapport à un processus dirigé par l'État, il est souvent plus souple, plus rapide et moins coûteux de laisser le créancier garanti ou un tiers digne de confiance prendre possession des biens et en disposer. En outre, cela peut permettre de tirer une valeur maximale des biens grevés.

22. Néanmoins, même dans ces systèmes juridiques, il est possible de faire appel aux tribunaux pour faire reconnaître la validité de demandes et moyens de défense légitimes du constituant et d'autres parties ayant des droits sur les biens grevés. Pour informer ces parties et leur donner la possibilité de réagir, le créancier garanti est tenu de leur donner un avis de défaillance et de réalisation (voir par. 14 et 15). En outre, si le débiteur n'est pas consentant, le créancier garanti ne peut procéder à la réalisation si cela est de nature à troubler l'ordre public (voir par. 30). De plus, lorsqu'il dispose des biens grevés, le créancier garanti doit agir d'une façon "commerciallement raisonnable" (voir par. 33).

23. Même s'il est autorisé à agir sans intervention officielle, un créancier garanti peut normalement demander la réalisation de sa sûreté au moyen d'une action en

¹ Par exemple, aux termes de la Loi type interaméricaine sur les transactions garanties, le créancier garanti doit déposer un avis de défaillance et de réalisation dans un registre public et en remettre une copie au débiteur et à tout créancier bénéficiaire d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publicité (voir art. 54). En outre, le créancier garanti doit demander à un tribunal de lui délivrer une ordonnance de prise de possession, que le tribunal rend sans entendre les parties (le débiteur doit engager une procédure distincte pour contester cette ordonnance; voir art. 57). Une fois en possession du bien, le créancier garanti peut le vendre directement après l'accomplissement de certaines procédures (voir art. 59).

justice. Il peut choisir de le faire par exemple pour éviter que ses actes privés ne soient contestés par la suite, ou il peut parvenir à la conclusion qu'il devra de toute façon intenter une action en justice pour récupérer la différence entre la créance et la valeur de réalisation.

24. De nombreux systèmes juridiques, qu'ils exigent ou non du créancier garanti qu'il fasse appel aux tribunaux, modifient les règles normales de la procédure civile lorsqu'un créancier garanti s'emploie à réaliser une sûreté. Ces modifications peuvent limiter le délai dans lequel le tribunal doit agir, ou limiter les demandes ou les moyens de défense que les parties peuvent présenter. Si le tribunal conclut qu'il y a eu défaillance, l'objectif de toute décision devrait être de donner effet à la créance garantie du créancier. Le tribunal devrait être habilité à ordonner au débiteur de s'acquitter de son obligation, de disposer des biens grevés lui-même ou de remettre ces biens au créancier garanti ou au tribunal en vue de leur disposition.

b) Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation

25. Dans le cadre d'un régime d'opérations garanties, une autre question essentielle qui se pose concerne la mesure dans laquelle le créancier garanti et le constituant peuvent convenir de modifier le cadre légal de réalisation de la sûreté. En permettant aux parties de convenir librement des conséquences de leurs transactions, on encourage une allocation efficace des ressources. Cependant, lorsqu'une loi sur les opérations garanties impose des obligations à un créancier garanti, en particulier dans le cadre des régimes qui autorisent la réalisation avec une intervention limitée de l'État, cette loi peut également interdire ou limiter la capacité des parties à convenir de dérogations à ces obligations. La loi peut aussi établir une distinction entre des clauses convenues lors de la conclusion de l'accord constitutif de sûreté et les clauses convenues après la défaillance du débiteur.

c) Acceptation des biens grevés pour l'exécution de l'obligation garantie

26. Après la défaillance, le créancier garanti peut proposer d'accepter les biens grevés pour l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. Dans la plupart des systèmes juridiques, un accord qui transfère automatiquement la propriété des biens grevés au créancier garanti en cas de défaillance est dépourvu de force obligatoire si cet accord est énoncé dans la convention constitutive de sûreté, bien que, dans certains systèmes juridiques, un accord ultérieur ait force obligatoire. La validité de tels accords ultérieurs présente l'avantage que les frais de réalisation s'en trouvent réduits et que la sûreté s'éteint plus rapidement. Elle présente en revanche l'inconvénient que le créancier garanti peut exercer des pressions excessives sur le débiteur ou le constituant dans les cas où les biens grevés ont une valeur plus élevée que l'obligation garantie.

27. La loi peut prévenir les comportements abusifs en exigeant le consentement du débiteur et du constituant, des tiers ou du tribunal dans certaines circonstances, notamment lorsque le débiteur a effectué d'importants paiements pour rembourser la dette garantie. La loi peut prescrire une publicité et un certain délai avant le règlement final, pour permettre de saisir un tribunal. La loi peut également prescrire une évaluation officielle.

d) Mainlevée de la sûreté sur les biens grevés

28. La plupart des législations permettent à un débiteur défaillant ou à un constituant d'obtenir mainlevée de la sûreté sur les biens grevés en s'acquittant du solde de l'obligation garantie, y compris les intérêts et les frais de réalisation jusqu'au moment de la mainlevée. Celle-ci met fin à l'opération. L'espoir d'une mainlevée peut encourager le débiteur ou le constituant à rechercher des acquéreurs potentiels disposés à acheter les biens grevés et à suivre de près les actes du créancier garanti. La mainlevée de la sûreté sur les biens grevés doit être distinguée de la régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie. Cette régularisation (par le versement d'une mensualité non acquittée, par exemple) remédie à une défaillance, l'obligation continuant d'être garantie par les actifs grevés. En revanche, les mesures prises pour obtenir mainlevée de la sûreté sur les biens grevés éteignent l'obligation garantie.

e) Disposition autorisée effectuée par le constituant

29. À la suite d'une défaillance, la partie garantie souhaite retirer une valeur maximale des biens grevés. Souvent, le débiteur connaît mieux le marché de ces biens que le créancier garanti. C'est pourquoi il est fréquent que le débiteur se voie impartir un délai limité après la défaillance pour disposer lui-même des actifs grevés.

f) Retrait des biens grevés du contrôle du constituant

30. Lors de la défaillance du débiteur, le créancier garanti qui n'est pas déjà en possession des biens grevés redoute une éventuelle dissipation ou utilisation abusive des biens grevés. Il est possible d'atténuer ce risque en remettant les biens à un tribunal, à un fonctionnaire, à un tiers digne de confiance ou au créancier garanti lui-même. Si le créancier garanti est autorisé à prendre possession des biens grevés sans passer par un tribunal ou une autre autorité ou avec une intervention limitée d'un tribunal ou d'une autorité, il en résulte une diminution des frais de réalisation (voir par. 21). Cependant, même les législations qui permettent une telle prise de possession des biens grevés par le créancier garanti tiennent compte de la possibilité d'un abus, en particulier d'un trouble de l'ordre public ou d'une intimidation. En conséquence, la plupart de ces législations subordonnent la prise de possession à l'absence de trouble de l'ordre public. Certaines d'entre elles exigent un avis de défaillance avant toute prise de possession.

31. Dans le cas particulier où il existe un risque que la valeur des biens grevés ne diminue rapidement, la plupart des législations prévoient qu'un tribunal ou une autre autorité compétente peut ordonner des mesures conservatoires en vue de préserver la valeur des biens.

g) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés

32. Le créancier garanti a le droit de vendre les biens grevés ou d'en disposer d'une autre façon. L'objectif de la disposition doit être de tirer une valeur maximale des biens grevés, sans porter atteinte aux demandes et moyens de défense légitimes du constituant ou d'autres personnes.

33. Les régimes existants énoncent des prescriptions plus ou moins formelles. Certains soumettent les dispositions aux mêmes procédures publiques que celles qui

sont applicables à l'exécution des jugements des tribunaux. D'autres régimes permettent au créancier garanti de diriger la disposition mais prescrivent des procédures uniformes pour la disposition par vente aux enchères publiques des biens grevés, en énonçant des règles relatives à des questions telles que le moment, la publicité et le prix minimum. D'autres systèmes judiciaires permettent au créancier garanti de diriger la disposition, pour autant qu'il respecte des règles souples concernant la façon de procéder. Ces systèmes peuvent subordonner le droit du créancier au consentement du constituant, soit dans l'accord constitutif de sécurité, soit après la défaillance. Le créancier garanti doit habituellement respecter des règles d'ordre général (contenant par exemple des expressions telles que "commerciallement raisonnable" ou "en agissant en homme d'affaires prudent"). Il peut également exister des règles particulières concernant la façon de recueillir et de conserver le produit d'une disposition avant sa distribution.

34. Aux termes de la plupart des législations sur les opérations garanties, il est nécessaire d'aviser certaines parties lorsqu'il est envisagé de procéder à une disposition. En raison du caractère définitif de toute disposition, il faut prévoir des règles détaillées pour informer les parties intéressées, afin qu'elles puissent défendre leurs intérêts. Les questions concernant les personnes à aviser, les modalités de la notification et le moment de celle-ci sont similaires à celles qui ont été examinées à propos de la défaillance (voir par. 14 et 15). La législation énonce souvent des procédures particulières concernant la vente d'une entreprise de façon à ce qu'elle puisse poursuivre ses activités.

h) Répartition du produit d'une disposition

35. Pour réduire autant que possible les différends, une loi sur les opérations garanties devrait énoncer des règles sur la répartition du produit de la disposition. Le plus souvent, il faut d'abord payer les frais raisonnables de réalisation et ensuite l'obligation garantie. La loi doit énoncer des règles indiquant si et, dans l'affirmative, quand un créancier garanti est tenu de distribuer le produit à une partie ou à l'ensemble des autres créanciers garantis bénéficiant de sûretés sur les mêmes biens. Ces règles devraient prévoir que le créancier garanti doit être informé de l'existence de ces autres sûretés. La loi devrait également stipuler que tout excédent devrait être remis au constituant.

36. Les produits distribués au créancier garanti sont affectés à l'exécution de l'obligation garantie. Si le produit est insuffisant après la distribution, l'obligation n'est exécutée que dans la mesure des produits reçus. La loi devrait stipuler expressément que le créancier garanti a le droit d'exiger du débiteur qu'il lui verse le solde. À moins que le débiteur ne constitue une sûreté sur d'autres biens au bénéfice du créancier, la créance de ce dernier sur le solde non versé n'est pas garantie.

i) Extinction de la sûreté après la disposition

37. Une loi sur les opérations garanties devrait stipuler que la disposition des biens grevés met fin à la sûreté sur ceux-ci, de même qu'aux droits du constituant. La loi devrait également établir si les droits d'autres personnes (notamment d'autres créanciers garantis) sur les biens grevés subsistent nonobstant la disposition des biens au cours de la procédure de réalisation.

j) Variations par rapport au cadre général

38. Une loi sur les opérations garanties qui porte sur un grand nombre de types de biens grevés peut devoir énoncer, si nécessaire, des règles particulières concernant la disposition de certains types de biens. C'est en particulier le cas des biens incorporels, des titres et des instruments négociables. Par exemple, un créancier garanti bénéficiant d'une sûreté sur une créance devrait avoir le droit d'informer le débiteur de la créance après la défaillance du constituant.

39. Une loi sur les opérations garanties devrait également aborder la façon dont un créancier garanti doit procéder lorsqu'une opération unique concerne une sûreté sur des biens meubles et immobiliers. La réalisation d'une sûreté sur des biens immobiliers par destination peut également devoir faire l'objet de règles particulières traitant du problème de la séparation de ces biens d'un bien immobilier dont le propriétaire est une personne autre que le constituant.

5. Actions judiciaires intentées par d'autres créanciers

40. La loi sur les opérations garanties devrait être coordonnée avec les règles générales de procédure civile de façon à conférer aux créanciers garantis le droit d'intervenir dans des procédures judiciaires pour protéger leur sûreté et assurer la cohérence de l'ordre de priorité des créances. Les autres créanciers du débiteur ou du constituant peuvent recourir aux tribunaux pour faire exécuter leurs créances contre leur débiteur, et les règles de procédure peuvent donner à ces créanciers le droit d'obtenir la disposition forcée de biens grevés. Le créancier garanti s'appuiera sur les règles de procédure relatives à l'intervention dans de telles actions judiciaires en vue de protéger son rang de priorité. Dans certains cas, les règles de procédure peuvent prévoir des exceptions aux règles générales concernant l'ordre de priorité. Dans certains systèmes juridiques, par exemple, un tribunal peut ordonner à une personne qui doit de l'argent à un débiteur judiciaire de payer le créancier judiciaire. Si un créancier garanti bénéficie d'une sûreté sur cette créance, l'ordonnance du tribunal peut avoir pour effet de donner la priorité au créancier judiciaire. Si cette modification des règles générales n'est pas souhaitée, il convient de modifier la loi en question.

B. Résumé et recommandations

41. Les principaux objectifs de dispositions relatives à la défaillance et à la réalisation dans le cadre d'un régime d'opérations garanties sont les suivants:

- i) Énoncer des règles claires, simples et transparentes concernant la réalisation de sûretés à la suite d'une défaillance d'un débiteur, et concernant les droits, les obligations et le rang des parties intéressées après la défaillance;
- ii) Maximiser la valeur de réalisation des biens grevés d'une façon compatible avec la protection des droits des parties intéressées et du public;
- iii) Donner un caractère définitif à l'opération lorsque la procédure de réalisation a été respectée;

iv) Définir clairement la mesure dans laquelle le créancier garanti et le débiteur peuvent convenir de la procédure de la réalisation de la valeur des biens grevés;

v) Coordonner les droits et les procédures de réalisation du régime des sûretés avec les droits et procédures relatives aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité.

42. Il n'est pas nécessaire que la loi définisse la notion de défaillance. Si elle inclut une définition, il suffit que celle-ci indique qu'une défaillance se produit lorsque le débiteur n'exécute pas une obligation garantie ou est défaillant à un autre titre, conformément à la définition figurant dans la convention constitutive de sûreté ou une autre loi. La loi doit indiquer si un avis de défaillance doit être donné et à qui. Le débiteur doit pouvoir avoir recours aux tribunaux ou à d'autres autorités compétentes pour contester l'allégation de défaillance faite par le créancier ou le calcul du montant dû à la suite de la défaillance. Pour éviter de retarder indûment une réalisation légitime, le contrôle du tribunal ou d'une autre autorité compétente doit être effectué avec célérité. Il faut incorporer des garanties dans le processus pour dissuader les débiteurs de présenter des contestations dépourvues de fondement en vue de retarder la réalisation.

43. *[Note au Groupe de travail: le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la portée du contrôle judiciaire du processus de réalisation. Il souhaitera peut-être examiner en particulier (voir par. 19 à 25 et 30 à 34):*

i) si, dans le cas d'une sûreté sans dépossession, l'un ou l'autre type d'intervention officielle devrait être obligatoire pour que le créancier garanti puisse prendre possession du bien grevé ou si le créancier garanti devrait être autorisé à retirer le bien grevé du contrôle du débiteur, sous réserve de dispositions concernant l'ordre public;

ii) si, sous réserve de normes commerciales raisonnables et de dispositions de nature à empêcher des comportements abusifs, le créancier garanti devrait être autorisé à disposer des biens directement ou par le biais d'une procédure surveillée par un tribunal.]

44. Après une défaillance, le débiteur ou le constituant devrait pouvoir obtenir mainlevée de la sûreté sur les biens grevés en payant le solde de l'obligation garantie, y compris les intérêts et les frais de réalisation jusqu'au moment de la mainlevée.

45. La loi devrait énoncer des règles concernant la distribution du produit de la disposition. Les produits devraient être distribués dans l'ordre suivant: dépenses raisonnables de disposition; obligation garantie; autres obligations garanties; et constituant en ce qui concerne l'excédent éventuel. Si l'affectation du produit à l'obligation garantie ne permet pas son exécution intégrale, le créancier garanti devrait avoir droit à une créance non garantie correspondant au solde négatif vis-à-vis du débiteur. La disposition des biens grevés devrait entraîner l'extinction de la sûreté.

46. Il faudrait envisager d'adopter des règles particulières concernant la disposition de biens incorporels, d'instruments négociables et d'immeubles par destination. La loi devrait donner des indications sur les procédures applicables lorsqu'une opération unique crée une sûreté sur des biens meubles et immobiliers.

47. Il faut assurer une coordination avec les règles générales de procédure civile pour permettre une intervention dans une procédure judiciaire en vue de protéger des sûretés et d'assurer une cohérence dans le rang de priorités des créances.
