Nations Unies A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.2

Assemblée générale

Distr.: Limitée
27 avril 2006

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail VI (Sûretés)
Dixième session
New York, 1er-5 mai 2006

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du secrétariat

Additif

Table des matières

		Paragraphes	*Page*
IX.	Défaillance et réalisation	1-44	3
	A. Remarques générales	1-44	3
	1. Introduction	1-7	3
	2. Défaillance	8-9	4
	3. Réalisation	10-44	5
	a) Considérations générales	10-14	5
	b) Notification de l'intention de procéder à la disposition extrajudiciaire	15-16	6
	c) Mesure dans laquelle les tribunaux supervisent la réalisation	17-21	7
	d) Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation	22	9
	e) Attribution des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie	23-24	9
	f) Libération des biens grevés	25-26	10
	g) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés	27	10

V.06-53556 (F) 260506 290506

h) Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant 28-29 10

i) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés 30-33 11

j) Allocation du produit de la disposition 34-35 12

k) Extinction de la sûreté 36 12

l) Variations par rapport au cadre général 37-43 12

m) Actions judiciaires intentées par d'autres créanciers 44 14

B. Recommandations 14

IX. Défaillance et réalisation

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Un créancier garanti s'attend habituellement à ce qu'un constituant[1] s'acquitte de ses obligations sans qu'il soit obligé de faire jouer sa sûreté sur les biens grevés. Un constituant s'attend lui aussi, généralement, à pouvoir remplir ses obligations garanties envers le créancier garanti. L'un et l'autre sont toutefois conscients que, dans certains cas, le constituant ne sera pas en mesure de respecter ses engagements, par exemple par suite d'une mauvaise gestion ou d'erreurs d'appréciation en matière commerciale, mais également pour des raisons indépendantes de sa volonté, telles qu'une baisse d'activité dans un secteur particulier ou des difficultés économiques plus générales.

2. Le plus souvent, les créanciers garantis examinent périodiquement les activités commerciales de leurs constituants et les biens grevés et prennent contact avec ceux qui montrent des signes de difficultés financières. Les constituants coopèrent généralement avec leurs créanciers garantis pour trouver des moyens de surmonter ces difficultés. En travaillant ensemble, un constituant et ses créanciers peuvent conclure un "concordat" ou un accord de "restructuration", qui prolonge le délai de paiement, modifie d'une autre manière l'obligation du constituant ou augmente ou réduit les biens grevés qui garantissent ses obligations. Deux facteurs juridiques principaux pèsent sur les négociations visant à parvenir à un concordat: le droit du créancier garanti de réaliser ses sûretés sur les biens grevés si le constituant ne s'acquitte pas de l'obligation garantie et la possibilité qu'une procédure d'insolvabilité soit engagée par ou contre le constituant. Toutefois, on peut penser que le constituant sait pertinemment, bien avant même qu'une procédure formelle ne soit engagée, qu'il ne s'acquitte pas de ses obligations et ce n'est que rarement, voire jamais, qu'un avis émanant du créancier garanti lui apprendra qu'il est défaillant.

3. Au cœur d'un régime d'opérations garanties se trouve le droit du créancier garanti de compter sur le montant susceptible d'être tiré de la réalisation des biens grevés pour se rembourser si le constituant est défaillant. L'existence de mécanismes de réalisation efficaces et économiques permettant aux créanciers de prévoir exactement ce qu'il leur en coûtera en temps et en argent de réaliser les biens grevés aura un impact considérable sur l'offre de crédit et le coût du crédit. Un régime d'opérations garanties devrait, par conséquent, comporter des règles de fond et de procédure à la fois efficaces, prévisibles et économiques pour la réalisation d'une sûreté après la défaillance d'un constituant. Ces règles devraient être claires, simples et transparentes pour qu'il n'y ait aucun doute sur la possibilité de réaliser rapidement une sûreté et de faire vendre efficacement et à un faible coût les biens grevés. Elles devraient aussi prévoir des mesures de protection raisonnables pour les intérêts du constituant et d'autres personnes ayant un droit sur les biens grevés, ainsi que des autres créanciers du constituant.

---

[1] Dans ces remarques générales, on emploie le terme "constituant", car, dans la grande majorité des cas, ce dernier est aussi le débiteur. Lorsqu'il est fait uniquement référence à un tiers constituant qui n'est pas le débiteur, c'est le terme "débiteur" qui est employé.

4. Le présent chapitre examine la réalisation de la sûreté par le créancier garanti en cas d'inexécution de l'obligation garantie ("défaillance"; voir par. 8 et 9) de la part du constituant avant l'engagement d'une procédure d'insolvabilité ou, avec l'autorisation de l'organe compétent, pendant la procédure d'insolvabilité (l'insolvabilité est traitée au chapitre IX).

5. Le présent guide porte sur les transferts purs et simples de créances de sommes d'argent. Or, en général, l'auteur d'un tel transfert a transféré la totalité de ses droits sur les créances; de sorte qu'il ne conserve aucun droit sur elles et n'a aucun droit sur leur réalisation (le plus souvent le recouvrement). Par conséquent, le présent chapitre ne s'applique au transfert pur et simple de créances de sommes d'argent que lorsque le bénéficiaire peut se retourner contre l'auteur du transfert en cas de non-recouvrement des créances. C'est seulement dans ce cas que l'auteur du transfert a un droit sur la méthode et les autres aspects du recouvrement ou de tout autre mode de disposition des créances de sommes d'argent.

6. Il est possible de se retourner contre le constituant en cas de non-recouvrement de créances de sommes d'argent ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple lorsque le constituant a garanti une partie ou la totalité du paiement des créances par le débiteur en compte. Cette possibilité peut aussi naître d'autres accords fonctionnellement équivalents, comme lorsque i) le constituant accepte de racheter au bénéficiaire du transfert une créance de somme d'argent vendue à ce dernier, si le débiteur en compte de la créance ne paie pas, ou ii) le constituant accepte simplement de payer toute différence entre le prix d'achat d'un ensemble de créances de sommes d'argent et le produit effectif du recouvrement de ces créances lorsque celui-ci est insuffisant.

7. Lorsque l'on parle de possibilité de se retourner contre le constituant en cas de "non-recouvrement", on vise ici le cas où le débiteur en compte ne paie pas pour des raisons de crédit, telle l'incapacité financière de payer. Par conséquent, par exemple, le non-paiement par un débiteur en compte de biens ou de services au motif que ceux-ci sont de mauvaise qualité ou que le constituant ne respecte pas les spécifications fournies par le débiteur ne constituerait pas un cas de non-recouvrement au sens donné ici à ce terme.

2. Défaillance

8. L'accord conclu entre les parties et le droit général des obligations déterminent si le constituant est défaillant et quelles sont les conséquences de la défaillance (par exemple si et comment le constituant peut remédier à la défaillance et si un avis de défaillance est nécessaire)[2].

9. D'une manière générale, le constituant est défaillant lorsqu'il ne s'acquitte pas de l'obligation garantie et, à partir du moment où il est défaillant, le créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur les biens grevés. En principe, le constituant cherchera à contester en justice les allégations du créancier selon lesquelles il serait défaillant ou le calcul du montant dû en raison de la défaillance. Pour éviter de retarder indûment une réalisation légitime, il faudrait que le recours judiciaire soit effectué rapidement. La procédure devrait comporter des garanties de nature à

[2] Il faudrait distinguer entre cette situation et celle où le créancier garanti doit adresser un avis de défaillance avant la disposition extrajudiciaire du bien grevé.

dissuader les constituants de présenter des contestations dépourvues de fondement en vue de retarder la réalisation. Il reste que, même si le constituant ne conteste pas les allégations du créancier garanti sur ces points avant la réalisation des biens grevés, il peut toujours le faire après, lorsque le créancier garanti cherche à recouvrer la différence entre le montant de la créance et le produit de la réalisation si celui-ci est insuffisant.

3. Réalisation

a) Considérations générales

10. Il est important que le système prenne en considération les droits du constituant, d'autres personnes ayant un droit sur les biens grevés et des autres créanciers du constituant. De nombreux systèmes imposent au créancier garanti, lorsqu'il exerce ses droits, l'obligation générale et absolue d'agir de bonne foi et de suivre des normes commercialement raisonnables. Étant donné l'importance de cette obligation, le créancier garanti et le constituant ne peuvent à aucun moment convenir d'y déroger ou de la modifier. Un créancier garanti ne respectant pas les obligations qui lui incombent en vertu du présent chapitre devrait être responsable à l'égard des personnes lésées de tout dommage causé par la défaillance. Ainsi, si un créancier garanti n'agit pas d'une façon commercialement raisonnable lorsqu'il dispose des biens grevés et que, de ce fait, il retire de cette réalisation un montant moindre que s'il avait agi d'une façon commercialement raisonnable, il devrait être redevable de la différence à la personne lésée.

11. Hormis l'obligation d'agir de bonne foi et d'une façon commercialement raisonnable, le constituant et le créancier garanti peuvent, après la défaillance du premier, déroger aux autres obligations visées dans le présent chapitre. Cela met le constituant à l'abri de toute pression du créancier garanti, en vue de déroger à l'obligation ou de la modifier au moment de la conclusion de l'opération garantie. En même temps, le fait d'autoriser une dérogation aux obligations après la défaillance du constituant permettrait plus facilement à ce dernier et au créancier garanti de se mettre d'accord à l'amiable sur une disposition des biens grevés qui maximise le montant susceptible d'en être retiré, au profit du créancier garanti, du constituant et des autres créanciers de ce dernier. En outre, à ce stade, le créancier garanti a déjà octroyé le crédit, et le constituant en sait souvent plus que lui sur les biens grevés et sur la manière de les réaliser au mieux.

12. La question essentielle pour un régime d'opérations garanties est de savoir quelles modifications devraient éventuellement être apportées aux règles normales de recouvrement des créances pour faciliter la réalisation des sûretés. Certains régimes, par exemple, prévoient une procédure judiciaire accélérée. D'autres autorisent le créancier garanti, au moins à titre préliminaire mais sous réserve de l'intervention d'un tribunal à la demande du constituant et sous réserve également de l'obligation susmentionnée d'agir de bonne foi et d'une façon commercialement raisonnable, à déterminer s'il y a eu manquement, à prendre possession des biens grevés et à en disposer sans intervention directe d'un tribunal ou d'un administrateur. Les procédures judiciaires et extrajudiciaires accélérées devraient cependant tenir compte du droit d'autres personnes à être entendues afin de protéger leurs revendications légitimes concernant les biens grevés. En outre, la répartition des ressources au sein du système judiciaire et le fait d'autoriser des particuliers à prendre des mesures qui ont des effets sur autrui soulèvent nécessairement des

questions d'intérêt général. Il est essentiel que le rôle des autorités judiciaires ou d'autres autorités administratives dans la réalisation des sûretés soit déterminé de manière claire et simple.

13. La maximisation du montant retiré de la disposition des biens grevés après la défaillance du constituant profite à toutes les parties intéressées (c'est-à-dire le créancier garanti, le débiteur ou le constituant et les autres créanciers). Le créancier garanti bénéficie de la réduction éventuelle du montant résiduel pouvant être dû par le constituant en tant que dette non garantie après affectation du produit de la disposition ou du recouvrement des biens grevés au paiement de l'obligation garantie. Le constituant et ses autres créanciers, quant à eux, bénéficient d'une dette résiduelle moindre ou d'un excédent de fonds plus important. Un régime d'opérations garanties qui facilite la disposition ou le recouvrement et en réduit le coût, tout en obligeant le créancier garanti à exercer ses voies de droit de bonne foi et d'une façon commercialement raisonnable, augmentera le produit de la disposition desdits biens.

14. Une sûreté revêt une importance particulière pour un créancier garanti lorsque le constituant connaît des difficultés financières. Un constituant en proie à des difficultés financières risque davantage de ne pas s'acquitter de ses obligations et peut se retrouver, volontairement ou involontairement, soumis à une procédure d'insolvabilité. Les effets d'une procédure d'insolvabilité sur les droits du créancier garanti et sur son évaluation des biens grevés sont examinés au chapitre IX.

b) Notification de l'intention de procéder à la disposition extrajudiciaire

15. Les lois sur les opérations garanties qui prévoient la disposition non judiciaire imposent normalement qu'une notification d'intention de disposer des biens grevés soit adressée aux personnes susceptibles d'être affectées par la disposition (par exemple le créancier, un tiers constituant et toute personne ayant des droits sur les biens grevés), et qu'elle précise le moment et le lieu prévus de la disposition. Le principal avantage d'une notification au débiteur ou au constituant est qu'elle attire leur attention sur la nécessité de protéger leurs droits sur les biens grevés (le débiteur sait qu'il est défaillant mais le tiers constituant l'ignore peut-être), par exemple en remédiant à la défaillance du débiteur, si cela est autorisé par ailleurs, ou en cherchant des acheteurs potentiels pour les biens grevés. Une notification aux autres parties intéressées permet à ces dernières de suivre la réalisation ultérieure de la sûreté par le créancier garanti et, s'il s'agit de créanciers garantis dont les sûretés sont prioritaires (et que le constituant est défaillant également à leur égard), de participer à la procédure de réalisation ou de la prendre en main. Les inconvénients de la notification comprennent son coût, la possibilité qu'elle donne à un constituant non coopératif de mettre les biens grevés hors de portée du créancier et le risque que d'autres créanciers se précipitent pour faire valoir leurs droits sur les biens de l'entreprise du constituant et gênent la procédure de disposition. De plus, si les exigences relatives aux notifications ne sont pas claires et simples, elles créent le risque de non-respect "technique", qui est une source de litiges et de perte injustifiée de droits. De nombreux systèmes juridiques qui exigent la notification de l'intention de disposer des biens grevés exigent, en plus, l'envoi d'un avis de défaillance (voir par. 8 et 9) ou d'un avis de réalisation extrajudiciaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, selon que la recommandation 99 du document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1 relative à la notification de l'intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire sera retenue ou non, il sera peut-être nécessaire de revoir le commentaire.*]

16. En ce qui concerne d'autres situations dans lesquelles une notification peut être nécessaire, dans les systèmes juridiques exigeant un avis de défaillance, une loi sur les opérations garanties énonce en principe le contenu minimal de l'avis, la façon dont il doit être donné et le moment où il doit l'être. À cet égard, la loi pourrait établir une distinction entre notification au débiteur, notification au constituant lorsque celui-ci n'est pas le débiteur, notification aux autres créanciers et notification aux autorités publiques ou au public en général. Une analyse coût-avantages permettra de déterminer si le créancier garanti devrait être tenu d'adresser une notification écrite préalable à d'autres personnes que le débiteur, le constituant et les autres créanciers garantis connus, à savoir ceux qui ont inscrit un avis de constitution de sûreté ou ont informé d'une autre façon le créancier garanti qui se propose de disposer des biens grevés. Selon un autre système, le conservateur du registre pourrait être tenu de faire une telle notification à ceux qui ont inscrit un avis (voir art. 54 de la Loi type interaméricaine). En ce qui concerne les informations devant figurer dans la notification au débiteur et au constituant, là encore, une analyse coût-avantages est nécessaire. La loi pourrait exiger que la notification contienne le décompte, établi par le créancier garanti, du montant dû en raison de la défaillance. Elle pourrait aussi imposer d'y faire figurer des conseils au débiteur ou au constituant concernant les mesures à prendre pour payer l'obligation garantie dans sa totalité ou, si ce droit existe, remédier à la défaillance. Le créancier garanti pourrait également être tenu d'indiquer, au moins à titre provisoire, les mesures qu'il a l'intention de prendre pour disposer des biens grevés. Il n'est peut-être pas nécessaire que les notifications aux autres parties intéressées soient aussi complètes ou précises que la notification au débiteur et au constituant.

c) Mesure dans laquelle les tribunaux supervisent la réalisation

17. Une question essentielle pour un régime d'opérations garanties est de savoir dans quelle mesure le créancier garanti doit recourir aux tribunaux ou à d'autres autorités (par exemple un huissier de justice, un notaire ou la police) plutôt qu'à une procédure extrajudiciaire pour réaliser sa sûreté. Pour protéger le constituant et les autres parties ayant des droits sur les biens grevés, certains systèmes juridiques font obligation au créancier garanti de faire appel exclusivement aux tribunaux ou à d'autres autorités publiques pour réaliser sa sûreté. Cependant, comme dans biens des cas, la procédure judiciaire ne permet pas d'obtenir un résultat de manière rapide et économique ou risque fort de ne pas retirer le montant maximum possible des biens grevés, cette obligation aura un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût du crédit. La durée et le coût de ces procédures réduisent le montant qui sera retiré de la réalisation des biens grevés et seront pris en compte dans le coût de l'opération de financement.

18. Pour éviter ces problèmes, certains systèmes juridiques n'obligent pas le créancier garanti à saisir les tribunaux ou d'autres autorités publiques. Par contre, les tribunaux sont à tout moment à la disposition des personnes intéressées mais n'interviennent que s'ils sont saisis. Un système bien conçu peut offrir une

protection au constituant et aux autres personnes ayant un intérêt à ce que le montant qui sera retiré de la réalisation des biens grevés soit le plus élevé possible, tout en permettant de réaliser au mieux les biens grevés. Dans ces systèmes juridiques, le créancier garanti est souvent autorisé à réaliser sa sûreté sans intervention préalable d'institutions publiques officielles telles que les tribunaux, les huissiers de justice ou la police. D'autres systèmes juridiques ne prévoient qu'une intervention préalable limitée d'institutions publiques officielles dans la procédure de réalisation. Par exemple, le créancier garanti peut demander à un tribunal de rendre une ordonnance de remise en possession, ce que le tribunal fait sans entendre les parties (le constituant peut cependant engager une procédure distincte pour contester cette ordonnance; voir l'article 57 de la Loi type interaméricaine). Dans ce cas, une fois en possession du bien, le créancier garanti peut le vendre directement sans intervention du tribunal suivant certaines procédures prescrites (voir l'article 59 de la Loi type interaméricaine). Cette approche se justifie par le fait qu'il est souvent plus souple, plus rapide et moins coûteux de laisser le créancier garanti ou un tiers de confiance prendre possession des biens et en disposer que de laisser les autorités publiques prendre en main la procédure. La possibilité d'une intervention judiciaire à la demande de toute partie et les obligations juridiques imposées en matière de conduite suffisent souvent à rendre inutile le recours aux tribunaux. Le fait de savoir que le tribunal peut facilement intervenir suffit souvent comme incitation à coopérer et à se conduire de manière raisonnable.

19. Néanmoins, même dans ces systèmes juridiques, il est possible de saisir les tribunaux pour faire reconnaître les revendications 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 peut être tenu de leur adresser une notification de son intention de procéder à la disposition et, éventuellement, un avis de défaillance (voir par. 8 et 9). En outre, il n'est pas autorisé à exercer son droit de prendre possession des biens grevés, si cet exercice est de nature à troubler l'ordre public. De plus, lorsqu'il dispose des biens grevés, le créancier garanti doit agir d'une façon "commercialement raisonnable" (voir par. 10). Cette exigence a pour but et pour effet d'établir un équilibre entre les intérêts du constituant (et de ses autres créanciers) et ceux du créancier garanti en laissant une certaine latitude dans le choix de la méthode de disposition utilisée, de façon à permettre une réalisation économiquement efficace tout en protégeant le constituant contre des mesures prises par le créancier garanti qui, dans le contexte commercial, ne seraient pas raisonnables.

20. Même s'il est autorisé à agir sans intervention officielle, un créancier garanti a aussi normalement le droit d'essayer de réaliser sa sûreté au moyen d'une action judiciaire. Il peut choisir d'ester en justice plutôt que d'agir lui-même pour un certain nombre de raisons. Par exemple, il souhaitera peut-être éviter le risque de voir ses actes privés contestés par la suite ou il peut parvenir à la conclusion qu'il devra de toute façon intenter une action en justice pour recouvrer une partie de sa créance car il s'attend à ce que le produit de la réalisation soit insuffisant. La décision du créancier garanti d'exercer des voies de droit avec ou sans intervention du tribunal ne l'empêche pas par la suite d'en exercer une autre.

21. Qu'ils exigent ou non du créancier garanti qu'il fasse appel aux tribunaux, de nombreux systèmes juridiques modifient les règles normales de la procédure civile lorsqu'un créancier garanti cherche à réaliser une sûreté, par exemple en limitant le

délai dans lequel le tribunal doit agir, ou les revendications ou moyens de défense que les parties peuvent présenter. Si le tribunal conclut qu'il y a eu défaillance du constituant, l'objectif de toute décision est de désintéresser le créancier garanti. Le tribunal est généralement habilité à ordonner au constituant de payer l'obligation, de disposer des biens grevés dans le cadre d'une procédure judiciaire ou de remettre ces biens au créancier garanti ou au tribunal en vue de leur disposition.

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

22. Une autre question essentielle est de savoir dans quelle mesure le créancier garanti et le constituant peuvent convenir de déroger à la loi pour réaliser la sûreté. Dans certains systèmes juridiques, la procédure de réalisation relève de la loi impérative qui n'est pas susceptible de dérogation conventionnelle. Dans d'autres, les parties sont autorisées à déroger à la loi à condition de ne pas porter atteinte à l'ordre public, aux priorités et aux droits des tiers (en particulier en cas d'insolvabilité). Dans d'autres encore, l'accent est mis sur des mécanismes de réalisation efficaces dans lesquels la réalisation judiciaire n'est pas la procédure exclusive ou principale. Même si un système limite le droit du créancier garanti et du constituant de s'entendre pour déroger à la loi, le fait de permettre aux parties de convenir librement des conséquences de leur opération après défaillance encourage une allocation efficace des ressources. Cette liberté peut toutefois faire l'objet d'abus lors de la conclusion de la convention constitutive de sûreté. C'est pourquoi la loi ne reconnaît parfois que les accords de dérogation qui sont conclus après la défaillance du constituant. Quoi qu'il en soit, on ne peut, conventionnellement, modifier l'obligation du créancier garanti d'agir d'une façon commercialement raisonnable et de bonne foi ou y déroger (voir par. 10).

e) Attribution des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie

23. Après défaillance, le créancier garanti peut proposer au constituant de se faire attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. La plupart des lois privent d'effet un accord antérieur à la défaillance qui transfère automatiquement la propriété des biens grevés au créancier garanti en cas de défaillance. Certaines, en revanche, donnent force obligatoire à un accord postérieur. Le fait de permettre la conclusion d'accords après la défaillance a l'avantage d'accélérer la réalisation de la sûreté et de réduire le coût de la réalisation: ce dont profitent à la fois le constituant et le créancier garanti, auxquels sont épargnés des frais et des risques liés à la réalisation. L'inconvénient est qu'il peut y avoir un risque d'abus dans les rares cas où, à la fois, i) les biens grevés ont une valeur plus élevée que l'obligation garantie et ii) le créancier garanti a, même après la défaillance, un pouvoir inhabituel sur le constituant et les tiers intéressés.

24. La loi peut prévenir les comportements abusifs du créancier garanti dans le cadre de tels accords en exigeant non seulement le consentement du constituant, mais aussi une notification aux tiers ayant des droits sur les biens grevés et l'absence d'objection de leur part: le droit de veto absolu des personnes dont le consentement est requis ou qui peuvent faire objection devrait suffire à protéger des abus. En outre, l'accord d'un tribunal peut être exigé dans certaines circonstances, par exemple lorsque le constituant a effectué d'importants paiements en remboursement de l'obligation garantie. La loi pourrait également prescrire une évaluation officielle des biens grevés. Là encore, il faudrait réaliser une analyse

coût-avantages pour déterminer s'il convient d'imposer l'intervention du tribunal dans cette procédure par ailleurs privée entre parties consentantes.

f) Libération des biens grevés

25. La plupart des lois permettent à un constituant défaillant de libérer les biens grevés avant que le créancier garanti n'en dispose, en s'acquittant du solde de l'obligation garantie, y compris les intérêts et les frais de réalisation jusqu'au moment de la libération. Cette dernière met fin à l'opération. L'espoir de libérer les biens grevés peut encourager le constituant à rechercher des acquéreurs potentiels disposés à acheter lesdits biens et à suivre de près les actes du créancier garanti. La libération des 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 avant la disposition, par exemple), si elle est autorisée par le droit général des obligations, remédie à une défaillance, l'obligation dont l'exécution est rétablie continuant d'être garantie par les biens grevés. Il n'y a libération des biens grevés que lorsque l'obligation garantie a été entièrement exécutée.

26. Le constituant conserve généralement son droit de libération i) jusqu'à la disposition des biens grevés ou la réception du paiement par le créancier garanti, ii) jusqu'à ce que le créancier garanti s'engage à disposer des biens grevés, ou iii) jusqu'à ce que le créancier garanti se voie attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, selon ce qui intervient en premier.

g) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés

27. À la suite d'une défaillance, le souci du créancier garanti est d'obtenir autant que faire se peut le meilleur prix possible pour les biens grevés. Le constituant connaissant souvent mieux que lui le marché de ces biens, il pourrait se voir accorder un délai très limité après la défaillance dans lequel il est autorisé à en disposer lui-même. Le meilleur moyen, pour cela, serait peut-être que le constituant porte l'acheteur potentiel à l'attention du créancier garanti plutôt que de fixer un délai dans lequel ce dernier ne peut faire de démarches en vue de la disposition des biens grevés. En tout état de cause, le régime devrait être structuré de manière à inciter le constituant à coopérer avec le créancier garanti.

h) Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant

28. Lors de la défaillance du constituant, le créancier garanti qui n'est pas déjà en possession des biens grevés redoute leur éventuelle dispersion ou utilisation abusive. Il est possible d'atténuer cette crainte en remettant les biens à un tribunal, à un agent public, à un tiers digne de confiance ou au créancier garanti lui-même. Autoriser le créancier garanti à prendre possession des biens grevés sans l'intervention ou avec l'intervention limitée d'un tribunal ou d'une autre autorité réduit les frais de réalisation (voir par. 17 et 18). Cependant, même les lois qui permettent une telle prise de possession des biens grevés par le créancier garanti tiennent compte de la possibilité d'abus, en particulier des risques de trouble de l'ordre public ou d'intimidation. En conséquence, la plupart d'entre elles subordonnent la prise de possession à l'obligation de ne pas troubler l'ordre public. Certaines exigent un préavis de défaillance avant toute prise de possession, d'autres non, au motif qu'un constituant défaillant aux abois pourrait alors tenter de

dissimuler ou transférer les biens grevés avant que le créancier garanti n'en prenne possession.

29. Dans le cas particulier où les biens grevés risquent de se déprécier, la plupart des législations prévoient qu'un tribunal ou une autre autorité compétente peut ordonner des mesures conservatoires accélérées en vue de préserver la valeur des biens.

i) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés

30. Une sûreté donne le droit au créancier garanti de faire vendre les biens grevés ou d'en disposer d'une autre manière. La loi devrait prévoir des procédures générales supplémentaires pour la disposition des biens grevés, qui pourrait par exemple s'effectuer sous la direction du créancier garanti ou d'une autorité judiciaire. Ces dispositions devraient indiquer la méthode de publicité à utiliser pour un acte de disposition proposé, si les biens doivent être vendus aux enchères et si le créancier a le droit de les vendre, de les louer, de les mettre sous licence ou de les mettre en recouvrement. L'objectif de la disposition devrait être de maximiser le montant retiré de la réalisation des biens grevés, sans porter atteinte aux revendications et moyens de défense légitimes du constituant et d'autres personnes.

31. Les systèmes juridiques existants énoncent des prescriptions plus ou moins formelles. Certains soumettent les actes de disposition aux mêmes procédures publiques que celles qui sont utilisées pour l'exécution des jugements des tribunaux. D'autres 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 encore permettent au créancier garanti de procéder à la disposition (y compris privée) des biens grevés – pour autant, toujours, qu'il respecte des critères indépendants, à savoir la bonne foi et le caractère commercialement raisonnable. La souplesse a des avantages pour le constituant, le créancier garanti, les autres personnes ayant un droit sur les biens grevés et les autres créanciers du constituant, car une enchère publique formelle n'est pas toujours le meilleur moyen de maximiser le montant net qui pourra être obtenu. Ces systèmes peuvent subordonner le droit du créancier au consentement du constituant, soit dans l'accord constitutif de sûreté, soit après la défaillance. Le créancier garanti doit habituellement respecter un critère général (exprimé par des formules du type "commercialement raisonnable" ou "avec le soin d'un homme d'affaires prudent"). Il peut également exister des règles spéciales portant sur la façon dont le produit de la disposition doit être conservé avant sa répartition.

32. La plupart des lois sur les opérations garanties exigent qu'un acte de disposition proposé soit notifié à certaines parties, que la vente fasse l'objet d'une publicité ou que des offres soient sollicitées auprès des parties appropriées. En raison du caractère définitif de toute disposition, il faut prévoir des règles détaillées pour informer les parties intéressées afin qu'elles protègent leurs intérêts. Des procédures spéciales peuvent être prescrites pour la vente d'une entreprise en vue de la poursuite de ses activités.

33. La mise en recouvrement de créances de sommes d'argent et d'instruments négociables n'est pas toujours facile à intégrer dans les procédures de disposition des biens grevés. Aussi de nombreux systèmes prévoient-ils des règles spéciales

pour ce type de bien grevé, en particulier le droit pour le créancier garanti de recouvrer directement auprès du débiteur la créance ou le document négociable et le droit d'exiger du débiteur qu'il paie toute somme due directement au créancier garanti (voir par. 37).

j) Allocation du produit de la disposition

34. Les lois sur les opérations garanties énoncent des règles sur la répartition du produit de la disposition. Le plus souvent, il faut payer d'abord les frais raisonnables de réalisation et ensuite l'obligation garantie. Les lois contiennent généralement des règles indiquant si et, dans l'affirmative, quand un créancier garanti est chargé de répartir le produit entre une partie ou l'ensemble des autres créanciers garantis (par exemple ceux de rang inférieur) détenant des sûretés sur les mêmes biens. Ces règles exigent souvent que le créancier garanti soit avisé de l'existence de ces autres sûretés et que tout excédent de fonds soit remis au constituant.

35. Le produit de la disposition est affecté au paiement des frais de répartition et au remboursement de l'obligation garantie. Si, après la répartition, les fonds sont insuffisants, l'obligation n'est remboursée qu'à hauteur du produit reçu. Le créancier garanti a normalement le droit de recouvrer le solde auprès du constituant. À moins que le constituant n'ait constitué une sûreté sur d'autres biens au bénéfice du créancier, la créance de ce dernier sur le solde non versé n'est pas garantie (bien que le créancier garanti ait pu se voir octroyer des sûretés par un tiers).

k) Extinction de la sûreté

36. Les lois sur les opérations garanties prévoient normalement que la disposition des biens grevés en faveur de la personne qui les acquiert lorsque le créancier garanti en dispose met fin à la sûreté. La sûreté du créancier garanti s'éteint, de même que les droits du constituant et les droits de tout créancier garanti de rang inférieur ou de toute autre personne titulaire d'un droit de rang inférieur sur les biens grevés. La loi dispose habituellement que les droits d'autres personnes sur les biens grevés (notamment d'autres créanciers garantis) subsistent nonobstant la disposition des biens au cours de la procédure de réalisation.

l) Variations par rapport au cadre général

37. Une loi sur les opérations garanties qui porte sur de nombreux types de biens grevés énonce, si nécessaire, des règles spéciales pour la disposition de certains types de biens. C'est en particulier le cas des créances de sommes d'argent, des instruments négociables, des fonds crédités sur un compte bancaire ou du droit de recevoir le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant, qu'il s'agisse des biens initialement grevés ou simplement d'un paiement garanti ou de l'exécution par un autre moyen d'autres obligations (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26, recommandations 102 et 103; A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, recommandations 106 *bis* à 108). Par exemple, un créancier garanti détenant une sûreté sur une créance de somme d'argent a normalement le droit d'informer le débiteur en compte de la créance qu'il doit le payer directement après défaillance du constituant. Le créancier garanti/cessionnaire peut envoyer la notification et les instructions de paiement même en violation d'une convention passée avec le constituant/cédant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26, recommandation 16 *quater* b)).

Autrement, en cas de défaillance du constituant/cédant (lorsque ce dernier se montre peu coopératif avec le créancier garanti/cessionnaire), le créancier garanti/cessionnaire peut être empêché de réaliser sa sûreté. Un créancier garanti a aussi le droit de disposer d'une créance de somme d'argent ou de la conserver (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, recommandations 93 d) et e), 110 et 113).

38. Si la sûreté est sur des fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti peut en obtenir le paiement ou exercer d'une autre façon son droit au paiement de ces fonds après la défaillance, voire avant, s'il en est ainsi convenu avec le constituant. Dans tous les cas, la banque dépositaire i) a les mêmes droits et obligations, ii) a les mêmes droits à compensation, iii) n'est tenue de payer aucune autre personne que celle qui a le contrôle du compte et iv) n'est pas tenue de répondre aux demandes d'information (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1, recommandations X, Y et 106 *bis* à 108). À la différence d'un créancier garanti qui doit d'abord recouvrer les fonds avant de les affecter à l'obligation garantie, une banque dépositaire agissant en qualité de créancier garanti peut affecter les fonds directement à l'obligation garantie. La réalisation des droits à compensation de la banque dépositaire reste régie par d'autres lois.

39. Si la sûreté est sur un instrument négociable, le créancier garanti peut en obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.2, recommandation 104). Toutefois, dans les relations entre le créancier garanti et i) le tiré; ou ii) d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits et obligations de ces personnes sont déterminés par cette dernière. Ainsi, i) le tiré peut être tenu de ne payer qu'à un porteur ou à une autre personne fondée à demander paiement conformément à la loi régissant les instruments négociables; et ii) le droit du tiré d'opposer des exceptions à son obligation de paiement est déterminé par la loi régissant les instruments négociables.

40. Si la sûreté est sur un document négociable, les règles générales relatives à la réalisation des sûretés s'appliquent. Des règles particulières peuvent s'appliquer pour préserver les droits de certaines personnes protégées en vertu de la loi régissant les documents négociables (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.3, recommandation 109). En particulier, l'émetteur est susceptible d'être tenu de remettre les biens meubles corporels uniquement à un porteur du document négociable les concernant.

41. Les règles générales de réalisation s'appliquent également à la réalisation de sûretés sur le produit (sauf si le produit prend la forme de créances de sommes d'argent ou d'autres biens particuliers tels que ceux mentionnés dans les paragraphes précédents, auquel cas ce sont les recommandations relatives à la réalisation des sûretés grevant des biens particuliers qui s'appliquent; voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, note sur la réalisation d'une sûreté sur le produit).

42. Il en va de même pour la réalisation de sûretés sur des biens rattachés à un bien meuble (par exemple des moteurs d'automobiles). S'agissant de la réalisation de sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles, des règles spéciales s'appliquent afin de préserver les droits des créanciers sur les biens immeubles (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, note sur la réalisation d'une sûreté sur des biens rattachés). Ces règles traitent par exemple du cas où un bien rattaché (ascenseur, par exemple) est retiré d'un bien immeuble dont le constituant n'a pas la propriété.

43. Les recommandations générales relatives à la réalisation s'appliquent aussi à la réalisation de sûretés sur des masses (par exemple céréales dans un silo, ou pétrole dans un réservoir) ou produits finis (par exemple gâteau confectionné avec du sucre, des œufs, de la farine et de l'eau). Ainsi, si les biens grevés sont du pétrole de valeur 5 dans un réservoir contenant du pétrole de valeur 100, le créancier garanti ne devrait pouvoir faire valoir son droit que sur une quantité de pétrole de valeur 5. Si le bien grevé peut être séparé, le créancier garanti ne devrait pouvoir disposer de cette quantité que de manière commercialement raisonnable. Si le bien grevé ne peut être facilement séparé, il se peut alors qu'il faille vendre l'ensemble de la masse ou du produit fini.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Pour la réalisation de sûretés sur des meubles par anticipation ou des récoltes, le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander tout d'abord s'il convient même de traiter ces types de biens (voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, note sur les meubles par anticipation et les récoltes)*.]

m) Actions judiciaires intentées par d'autres créanciers

44. D'autres créanciers du constituant peuvent recourir aux tribunaux pour recouvrer leurs créances contre ce dernier, et les règles de procédure peuvent leur donner le droit d'obtenir la disposition forcée des biens grevés, sous réserve des sûretés du créancier garanti. Celui-ci 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 de rares cas, les règles de procédure peuvent prévoir des exceptions aux règles générales 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 la décision du tribunal peut effectivement donner la priorité au créancier judiciaire sur un bien grevé sur lequel la sûreté du créancier garanti est opposable, le résultat aura inévitablement un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût du crédit octroyé sur la base de biens grevés.

B. Recommandations

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les recommandations générales relatives à la réalisation figurent dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, tandis que celles qui concernent la réalisation de sûretés grevant des biens particuliers sont contenues dans les documents A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2 et A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 4*.]