



Assemblée générale

Distr.: Générale
11 mai 2007

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarantième session
Vienne, 25 juin-12 juillet 2007

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Note du secrétariat*

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
X. Droits après défaillance	1-99	3
A. Remarques générales	1-69	3
1. Introduction	1-9	3
2. Principes généraux de réalisation	10-25	5
a) Généralités	10	5
b) Nécessité d'une défaillance avant la réalisation	11-13	5
c) Supervision judiciaire de la réalisation	14-16	6
d) Bonne foi et caractère commercialement raisonnable	17	7
e) Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation	18-19	8
f) Réalisation judiciaire et extrajudiciaire	20-23	8
g) Portée des droits opposables du créancier garanti	24-25	10
3. Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant	26-40	11

* La présente note est soumise quatre 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.



a)	Généralités	26	11
b)	Notification de l'intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire	27-34	11
c)	Libération des biens grevés et régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie	35-39	14
d)	Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés	40	15
4.	Réalisation extrajudiciaire des droits du créancier garanti	41-60	15
a)	Généralités	41	15
b)	Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant	42-47	16
c)	Vente ou autre mode de disposition des biens grevés	48-50	18
d)	Attribution des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie	51-55	19
e)	Gestion et vente d'une entreprise	56-58	21
f)	Cumul des voies de droit	59-60	21
5.	Effets de la réalisation	61-69	23
a)	Le constituant, le créancier garanti et les tiers	61-62	23
b)	Autres parties	63-65	23
c)	Allocation du produit de la disposition	66-68	25
d)	Caractère définitif	69	26
B.	Remarques sur des biens particuliers	70-99	26
1.	Généralités	70-71	26
2.	Réalisation d'une sûreté sur une créance	72-76	27
3.	Réalisation en cas de transfert pur et simple d'une créance	77-79	28
4.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable	80-82	29
5.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	83-86	29
6.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant	87-88	31
7.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable	89-90	31
8.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un produit	91-92	32
9.	Réalisation d'une sûreté sur un bien rattaché à un bien meuble, une masse ou un produit fini	93-94	33
10.	Articulation entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des sûretés immobilières	95-99	34
C.	Recommandations		35

X. Droits après défaillance

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les parties à tout accord espèrent généralement chacune que l'autre s'acquittera volontairement de toutes ses obligations, qu'il s'agisse d'obligations entre elles ou à l'égard de tiers, et que ces obligations naissent d'un contrat ou par l'effet de la loi. Ce n'est qu'en cas d'inexécution qu'elles envisagent une réalisation forcée par une procédure judiciaire. En règle générale, les États élaborent avec soin, pour les actions civiles ordinaires, des régimes de réalisation qui équilibrent les droits des débiteurs, des créanciers et des tiers. Dans la plupart des États, le créancier qui cherche à obtenir une réalisation forcée, est tenu, en vertu de ces régimes, d'intenter une action en justice pour faire reconnaître son droit, puis faire saisir les biens du débiteur et les faire vendre sous la supervision d'un agent public. Sur le montant de la vente, le créancier judiciaire recevra paiement de sa créance résiduelle à l'égard du débiteur judiciaire.

2. Les parties à une convention constitutive de sûreté ont les mêmes attentes l'une vis-à-vis de l'autre. Un créancier garanti présume habituellement qu'un constituant s'acquittera de ses obligations volontairement. De même, un constituant s'attend généralement à ce que le créancier remplisse les obligations qu'il a contractées. Les deux concluent l'opération avec l'espoir et l'intention fermes de s'acquitter de leurs obligations l'un envers l'autre. Cependant, tous deux sont conscients aussi qu'il y aura des moments où ils ne seront peut-être pas en mesure de tenir leurs engagements. Parfois, le créancier garanti n'effectuera pas le paiement promis, ou ne restituera pas les biens à un constituant lorsqu'une condition convenue pour le faire est remplie. En pareil cas, selon la nature de la convention établie entre eux, le constituant saisira normalement un tribunal. Le plus souvent cependant, c'est le constituant qui se trouve dans l'incapacité d'exécuter une obligation comme promis (c'est-à-dire qu'il ne remboursera pas le crédit selon les termes de la convention), parfois pour des raisons indépendantes de sa volonté, telles qu'une baisse d'activité dans un secteur particulier ou des difficultés économiques plus générales, parfois à cause de la défaillance de ses propres débiteurs, parfois encore par suite d'erreurs d'appréciation en matière commerciale ou d'une mauvaise gestion.

3. Quelle que soit la raison, même après un ou plusieurs paiements non effectués, il est dans l'intérêt des deux parties à une convention constitutive de sûreté, et des tiers en général, que le constituant rattrape ces paiements et continue volontairement de s'acquitter de l'obligation promise. La procédure de réalisation forcée est souvent moins efficace qu'une exécution volontaire, parce que a) elle coûte cher; b) elle prend du temps; c) le résultat n'est pas toujours certain; et d) les conséquences à long terme pour les constituants et les tiers sont souvent catastrophiques. C'est pourquoi de nombreux États encouragent activement les parties à une convention constitutive de sûreté à prendre, alors qu'elle est en vigueur, des mesures pour éviter un défaut d'exécution qui pourrait conduire à une réalisation forcée. C'est aussi pour cela que les créanciers garantis surveillent souvent de près les activités commerciales de leurs constituants. Par exemple, ils examinent périodiquement les livres comptables, inspectent les biens grevés et

prennent contact avec les constituants qui montrent des signes de difficultés financières. Les constituants qui ont du mal à remplir leurs obligations coopèrent généralement avec leurs créanciers garantis pour trouver des moyens de prévenir et de surmonter ces difficultés. Dans certains cas, le constituant peut demander l'assistance du créancier garanti pour élaborer un nouveau plan d'activité. Dans d'autres, le constituant et un créancier individuel, ou le constituant et tout son groupe de créanciers peuvent tenter ensemble de modifier certains aspects de leurs conventions.

4. Il existe de nombreux types de convention de réaménagement des dettes. Parfois, les parties concluent un "concordat" ou un arrangement 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 ces obligations. Deux facteurs juridiques principaux pèsent sur les négociations visant à parvenir à un concordat: a) 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 b) la possibilité qu'une procédure d'insolvabilité soit engagée par ou contre le constituant.

5. Néanmoins, bien que les constituants et les créanciers garantis fassent tout leur possible pour éviter la procédure de réalisation forcée, ils n'y parviennent pas toujours. L'une des questions clés pour les États qui adoptent des régimes d'opérations garanties, est, par conséquent, de décider des contours des droits d'un créancier après défaillance. Plus précisément, la question est de savoir quelles modifications, le cas échéant, les États devraient apporter aux règles normales qui s'appliquent à la réalisation des créances lorsqu'ils élaborent des règles pour la réalisation des sûretés réelles mobilières lorsque le constituant ne s'acquitte pas de l'obligation garantie.

6. 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 vente des biens grevés pour se rembourser. Les mécanismes de réalisation permettant aux créanciers de prévoir exactement ce qu'il leur en coûtera en temps et en argent de vendre les biens grevés et le produit probable du processus de réalisation auront 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, économiques et prévisibles pour la réalisation d'une sûreté après la défaillance d'un constituant. Du fait que la réalisation a une incidence directe sur les droits des tiers, les règles devraient aussi prévoir des mesures de protection raisonnables pour les droits du constituant et d'autres personnes ayant un droit sur les biens grevés, ainsi que des autres créanciers du constituant.

7. La maximisation du montant retiré de la vente des biens grevés profite à toutes les parties intéressées. Le créancier garanti bénéficie de la réduction éventuelle du montant résiduel pouvant être dû par le constituant en tant qu'obligation non garantie après affectation du produit de la réalisation des biens grevés au paiement du solde 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.

8. Le présent chapitre examine le droit du créancier garanti de réaliser sa sûreté en cas d'inexécution de l'obligation garantie ("défaillance") 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 (voir chapitre XI). La section A.2 du chapitre porte sur les principes généraux qui régissent la défaillance et la réalisation. La section A.3 examine les procédures qu'un créancier garanti peut être tenu de suivre avant d'exercer ses voies de droit et énonce les droits après défaillance du constituant. Les différents recours dont disposent les créanciers garantis sont examinés à la section A.4, et la section A.5 traite des effets de la réalisation sur le constituant, le créancier garanti et les tiers.

9. La réalisation de sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent, des instruments négociables, des fonds crédités sur un compte bancaire et le produit d'un engagement de garantie indépendant ne s'intègre pas facilement dans les procédures générales de réalisation des biens meubles corporels (pour les définitions de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Il en résulte que de nombreux États ont des règles particulières sur la réalisation des biens meubles incorporels, des créances de sommes d'argent et de divers autres droits au paiement. Ces situations particulières sont examinées dans les sections B.1 à B.5 du présent chapitre. En outre, du fait que les biens meubles corporels peuvent parfois être rattachés à d'autres biens meubles ou immeubles, ou peuvent être mélangés ou fabriqués, il est nécessaire de modifier le régime général pour régir la réalisation de biens rattachés et de sûretés grevant une masse ou un produit fini. Les types de modifications, qui pourraient être nécessaires pour une réalisation efficace des biens rattachés et des sûretés grevant une masse ou un produit fini, sont examinés dans les sections B.6 à B.9. Le chapitre se termine, à la section C, par une série de recommandations.

2. Principes généraux de réalisation

a) Généralités

10. Comme indiqué dans la section précédente, il est dans l'intérêt de tous que le constituant s'acquitte de l'obligation promise. Pour cette raison, lorsque l'obligation n'a pas été exécutée, le créancier garanti et le constituant tentent normalement de conclure une convention qui évite d'avoir à engager une procédure de réalisation forcée. Il est rare qu'un constituant ignore qu'il ne s'acquitte pas de ses obligations, et encore plus rare, pour autant que cela soit possible, qu'un avis émanant du créancier garanti lui apprenne qu'il est défaillant. En fait, dans le dernier cas, la procédure de réalisation n'est pas engagée, car la défaillance sera presque toujours intervenue par inadvertance, et non à cause de l'incapacité ou du refus de payer du constituant. Mais la réalisation forcée devient parfois nécessaire et les États s'inspirent alors d'un certain nombre de principes fondamentaux pour élaborer les droits après défaillance et les obligations des créanciers garantis et des constituants.

b) Nécessité d'une défaillance avant la réalisation

11. Une sûreté garantit l'exécution par un constituant (ou dans le cas d'un tiers constituant, l'exécution par un débiteur) d'une obligation envers le créancier garanti. Ainsi, dans le cas standard, la sûreté devient réalisable dès qu'il y a défaut de paiement de l'obligation garantie de la part du constituant. Il existe toutefois un certain nombre d'autres "événements de défaillance" qui sont généralement énoncés dans la convention constitutive de sûreté. N'importe lequel de ces événements, à moins que le créancier garanti y ait renoncé, suffit pour constituer une défaillance et

autoriser ainsi une réalisation forcée de la sûreté. En d'autres termes, la convention conclue entre les parties et le droit général des obligations déterminent si le constituant est défaillant et le moment où la procédure de réalisation peut être engagée. Le droit général des obligations détermine aussi généralement si un avis formel de défaillance doit être adressé au débiteur et, dans l'affirmative, quel en est le contenu.

12. Parfois, il y a défaillance non pas parce qu'un paiement n'a pas été effectué, mais parce qu'un autre créancier ou bien saisit les biens grevés en vertu d'un jugement, ou bien cherche à réaliser sa propre sûreté. De nombreux États prévoient qu'exception faite de toute stipulation dans la convention constitutive de sûreté, la saisie de biens grevés par tout autre créancier constitue une défaillance en vertu de toutes les conventions constitutives de sûreté qui grevent les biens saisis. Ce raisonnement répond à un souci d'efficacité. Dans la mesure où les biens grevés garantissent le paiement du créancier, chaque fois qu'ils font l'objet d'une procédure judiciaire, celui-ci devrait pouvoir intervenir pour protéger ses droits. Dans ces cas, les règles de procédure donnent souvent aux autres créanciers le droit d'obtenir la disposition forcée des biens grevés. Le créancier garanti s'appuiera sur les mêmes règles de procédure relatives à l'intervention dans de telles actions judiciaires et procédures de réalisation en vue de protéger ses droits et son rang de priorité.

13. En général, les États prévoient qu'un créancier garanti prioritaire pourra, s'il en décide ainsi, substituer sa propre procédure de réalisation à celle d'un autre de rang inférieur. Cette règle découle du fait que les deux créanciers garantis exercent les mêmes droits au titre du même régime de sûreté, de sorte que leurs droits de réalisation devraient être déterminés par leur priorité respective. En revanche, dans certains États, une fois engagée la réalisation d'une créance judiciaire, il est possible, en vertu de la convention constitutive de sûreté, que le créancier garanti ne puisse intervenir pour exercer ses droits. C'est l'approche généralement suivie dans les États où une vente judiciaire purge tous les droits, y compris les sûretés, des biens vendus. Le raisonnement est que la vente judiciaire permettant à l'acheteur d'acquérir un titre libre, elle produira la valeur de réalisation la plus élevée (voir par. 20 à 23 ci-après). Dans d'autres États, toutefois, lorsqu'un créancier garanti a des droits sur certains ou sur la totalité des biens faisant l'objet d'une saisie par un créancier judiciaire, il peut intervenir et réaliser ses sûretés par tout moyen à sa disposition. C'est généralement le cas dans les États où une vente judiciaire régulière sur saisie ne purge pas les sûretés. L'hypothèse est que, du fait que les sûretés ne seront pas purgées, il y a plus de chances d'obtenir un prix de disposition plus élevé lorsque le processus de réalisation permet à l'acheteur d'acquérir le titre le plus libre (voir par. 61 et 62).

c) Supervision judiciaire de la réalisation

14. En règle générale, lorsqu'un constituant est défaillant et que les tentatives d'aménagement des obligations ont échoué, les deux parties se résignent à la nécessité d'une réalisation forcée des biens grevés. Dans certains cas, toutefois, les constituants contestent soit l'allégation du créancier garanti selon laquelle ils seraient défaillants, soit son calcul du montant qui lui est dû par suite de la défaillance. Pour des raisons d'ordre public, les États prévoient systématiquement que les constituants ont toujours le droit de saisir les tribunaux pour qu'ils

confirment, rejettent, modifient ou contrôlent l'exercice des droits de réalisation d'un créancier.

15. Il ne s'agit pas d'imposer des procédures judiciaires inutiles aux créanciers garantis, mais plutôt de permettre aux constituants et aux autres parties intéressées de veiller au respect des procédures impératives après défaillance (voir A/CN.9/631, recommandation [141]). Par conséquent, pour que la contestation de la réalisation par le constituant puisse être traitée rapidement et à moindres frais, de nombreux États, en pareil cas, remplacent les règles normales de la procédure civile par une procédure judiciaire accélérée (voir A/CN.9/631, recommandation [137]). Par exemple, on peut n'accorder aux constituants et aux autres parties intéressées qu'un temps limité pour présenter des contestations ou opposer une exception. D'autres États permettent aux constituants de contester les allégations du créancier garanti sur ces points même après le commencement de la réalisation, ou lors de la répartition du produit de la réalisation, ou 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. D'autres États encore permettent aux constituants d'obtenir non seulement des dommages-intérêts compensatoires, mais aussi des dommages-intérêts punitifs, s'il est prouvé que le créancier garanti, soit n'avait pas le droit de réaliser sa sûreté, soit l'avait réalisée pour un montant supérieur au montant effectivement dû.

16. En outre, du fait que toutes ces contestations retarderont la réalisation et en majoreront le coût de nombreux États prévoient aussi des garanties pour dissuader les constituants de présenter des contestations dépourvues de fondement. Il s'agit notamment de mécanismes consistant par exemple à ajouter les frais de procédure à l'obligation garantie en cas d'échec de la procédure, ou à demander aux constituants et à leur conseil des déclarations sous serment comme condition préalable au lancement de la procédure. Certains États autorisent aussi les créanciers garantis à réclamer aux constituants des dommages-intérêts pour procédure abusive ou manquement à leurs obligations, et à ajouter ces dommages-intérêts à l'obligation garantie. Le Guide recommande le versement de dommages-intérêts ordinaires si le constituant manque à l'une quelconque de ses obligations après défaillance (voir A/CN.9/631, recommandation [133]; la même règle s'applique au créancier garanti).

d) Bonne foi et caractère commercialement raisonnable

17. La réalisation d'une sûreté a des conséquences graves pour les constituants, les débiteurs et les tiers intéressés. Pour cette raison, de nombreux États imposent spécifiquement aux créanciers garantis, lorsqu'ils exercent leurs 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, ces États prévoient aussi que le créancier garanti et le constituant ne peuvent à aucun moment y renoncer ou la modifier (voir A/CN.9/631, recommandations 128 et 129). En outre, comme indiqué, un créancier garanti qui manque aux obligations qui lui incombent en matière de réalisation est responsable à l'égard des personnes lésées de tout dommage causé par sa 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 est redevable de la différence à toute personne lésée (voir A/CN.9/631, recommandation [133]).

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

18. Les États imposent généralement très peu d'obligations avant défaillance aux parties à une convention constitutive de sûreté (voir chapitre VIII, droits et obligations des parties). Dans le contexte de la réalisation après défaillance, une question clef est donc de savoir s'il faudrait appliquer une politique similaire, en d'autres termes, dans quelle mesure le créancier garanti et le constituant devraient être autorisés à déroger, soit à la loi pour réaliser la sûreté, soit à leurs droits contractuels respectifs, énoncés dans la convention constitutive de sûreté. Certains États considèrent que la procédure de réalisation relève de la loi impérative qui n'est pas susceptible de dérogation conventionnelle. Dans d'autres États, 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 États encore, l'accent est mis sur des mécanismes de réalisation efficaces dans lesquels la réalisation judiciaire n'est pas la procédure exclusive ou principale. Par conséquent, même s'il y a des limites au droit du créancier garanti et du constituant de s'entendre dans leur convention constitutive de sûreté pour déroger à la loi (parce que la liberté de déroger à la loi peut faire l'objet d'abus lors de la conclusion de la convention constitutive de sûreté), ces États les autorisent à modifier leurs droits au titre de la convention constitutive de sûreté ou à y déroger après une défaillance.

19. Les États qui autorisent les parties à déroger à leurs droits légaux ou contractuels après défaillance imposent néanmoins un certain nombre de restrictions à cette faculté. Par exemple, ils n'autorisent jamais que l'obligation du créancier d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable fasse l'objet d'une renonciation (voir A/CN.9/631, recommandation 129). Pour les autres obligations, de nombreux États font une distinction entre les droits du constituant et ceux du créancier garanti. Dans certains États, le constituant ne peut renoncer aux obligations après défaillance du créancier garanti ou convenir de les modifier qu'après la survenue d'une défaillance. Le fait d'autoriser une renonciation après défaillance permet souvent au constituant 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 (voir A/CN.9/631, recommandation 130). Souvent aussi, ces mêmes États autorisent un créancier garanti à renoncer à tout moment aux obligations du constituant (soit avant, soit après la défaillance) en partant du principe qu'il y a peu de risque que ce dernier impose des conditions abusives au moment de l'octroi du crédit (voir A/CN.9/631, recommandation 131).

f) Réalisation judiciaire et extrajudiciaire

20. En vertu d'un principe général du droit régissant les relations entre débiteur et créancier, la plupart des États exigent une réalisation judiciaire des créances. Les créanciers doivent poursuivre leurs débiteurs, obtenir un jugement, puis faire appel à d'autres agents ou autorités publics (huissiers de justice, notaires ou police) pour réaliser leurs sûretés. Pour protéger le constituant et les autres parties ayant des droits sur les biens grevés, certains États imposent une obligation similaire aux créanciers garantis, en leur demandant de faire appel exclusivement aux tribunaux ou à d'autres autorités publiques pour réaliser leurs sûretés. Cependant, la procédure judiciaire pouvant être lente et coûteuse, elle a souvent peu de chances de dégager le

montant maximum possible lors de la disposition des biens vendus. En outre, du fait que les frais liés à la réalisation seront inclus dans le coût de l'opération de financement, une procédure inefficace aura un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit.

21. Pour faciliter le crédit garanti, certains États exigent seulement une intervention préalable minimale des autorités publiques, telles que tribunaux, huissiers ou police, dans le processus de réalisation. Par exemple, le créancier garanti peut être tenu de demander à un tribunal de rendre une ordonnance de remise en possession, ce que le tribunal fait sans entendre les parties. Dans d'autres cas, une fois en possession du bien, le créancier garanti peut le vendre directement sans intervention du tribunal, à condition qu'il fasse appel à un huissier assermenté pour gérer le processus conformément aux procédures prescrites. Cette approche, moins formelle, 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. Un système bien conçu peut offrir une protection au constituant et aux autres personnes ayant intérêt à ce que le montant qui sera retiré de la vente des biens grevés soit le plus élevé possible, tout en permettant de réaliser au mieux les biens grevés. En outre, le fait de savoir que le tribunal peut facilement intervenir suffit souvent comme incitation à coopérer et à se conduire de manière raisonnable et évite donc de le saisir.

22. Dans certains États, le créancier garanti n'est pas tenu de saisir les tribunaux ou d'autres autorités publiques pour réaliser sa sûreté, mais il a le droit de ne recourir qu'à des procédures extrajudiciaires. Ces États imposent généralement, en pareils cas, un certain nombre de règles obligatoires concernant, par exemple, un avis de défaillance ou une notification d'intention de disposer, l'obligation d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable, et l'obligation de remettre au constituant le produit de la disposition. En outre, ils n'autorisent pas le créancier garanti à prendre possession des biens grevés sans saisir un tribunal, si cette réalisation extrajudiciaire conduit à troubler l'ordre public. Ces exigences ont pour but et pour effet de conférer de la souplesse aux méthodes utilisées pour la disposition des biens grevés de façon à permettre une réalisation économiquement efficace tout en protégeant le constituant et les autres parties intéressées contre des mesures prises par le créancier garanti qui, dans le contexte commercial, ne seraient pas raisonnables. Pour apporter le maximum de souplesse dans la réalisation et obtenir ce faisant le prix le plus élevé possible lors de la disposition, le présent Guide recommande que les créanciers puissent opter pour une procédure judiciaire, ou extrajudiciaire, pour réaliser leurs sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 136). En tout état de cause, dans les États qui autorisent la réalisation extrajudiciaire, il est toujours possible de saisir les tribunaux pour faire reconnaître et protéger les revendications et moyens de défense légitimes du constituant et d'autres parties ayant des droits sur les biens grevés (voir A/CN.9/631, recommandation 141).

23. Même dans les États où un créancier garanti est autorisé à agir sans intervention officielle, il a aussi le droit normalement de saisir les tribunaux pour réaliser sa sûreté. En outre, du fait qu'une sûreté est constituée pour accroître la probabilité qu'un créancier reçoive le paiement d'une obligation garantie, la réalisation après défaillance d'une sûreté ne devrait pas empêcher un créancier

garanti de tenter de demander l'exécution de l'obligation garantie selon la procédure judiciaire ordinaire (voir A/CN.9/631, recommandation 139). Un certain nombre de raisons peuvent inciter un créancier garanti à choisir l'une ou l'autre de ces options de préférence à la réalisation extrajudiciaire. Il souhaitera peut-être éviter le risque de voir ses actes contestés par la suite ou il peut parvenir à la conclusion qu'il devra de toute façon demander l'ouverture d'une procédure judiciaire pour recouvrer une partie de sa créance car il s'attend à ce que le produit de la réalisation soit insuffisant. De fait, de nombreux États encouragent les créanciers garantis à saisir les tribunaux en prévoyant une procédure de réalisation moins coûteuse et plus rapide. Ils peuvent par exemple autoriser la réalisation d'une sûreté dans le cadre d'une procédure comportant uniquement la preuve par déclaration sous serment. Ils peuvent aussi prévoir que l'audition doit avoir lieu, que les contestations soient réglées et qu'une décision soit rendue dans un délai très court (72 heures par exemple). Certains États vont même plus loin et autorisent un créancier garanti qui a obtenu un jugement à disposer des biens grevés sans suivre la procédure de saisie et de vente officielle. Enfin, la plupart des États prévoient que ces recours sont cumulatifs. Un créancier garanti qui choisit la voie judiciaire peut changer d'avis et choisir ensuite la voie extrajudiciaire pour réaliser ses sûretés dans la mesure où l'exercice d'un droit ne rend pas impossible l'exercice d'un autre droit (voir A/CN.9/631, recommandation 138).

g) Portée des droits opposables du créancier garanti

24. Un créancier chirographaire qui obtient un jugement peut le faire exécuter contre tous les biens du débiteur que le droit procédural permet de saisir. Ils comprennent généralement des droits de propriété de toute nature du débiteur. Si celui-ci n'a qu'un droit limité sur les biens, seul ce droit limité (usufruit, par exemple) peut être saisi et vendu. De même, si les droits d'un débiteur sur les biens sont limités par une clause ou une condition, la réalisation des biens sera elle aussi limitée. Lors de la vente judiciaire, l'acheteur ne pourra acquérir les biens que sous réserve de la même clause ou condition.

25. Contrairement à l'exécution ordinaire des jugements, la réalisation des sûretés fait l'objet d'une importante limitation supplémentaire. Un créancier garanti ne peut engager une action que contre les biens effectivement grevés par sa sûreté et non contre l'ensemble des biens du constituant (le créancier garanti peut, naturellement, agir en tant que créancier chirographaire contre le débiteur pour des revendications excédant le montant de l'obligation garantie). Dans le cadre de cette contrainte supplémentaire, des principes analogues à ceux qui régissent la réalisation en général s'appliquent à la réalisation d'une sûreté. Le créancier garanti ne peut réaliser sa sûreté que contre les droits particuliers que le constituant a sur les biens grevés. Ainsi, par exemple, si la faculté du constituant de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence est limitée, la réalisation par le créancier garanti de sa sûreté ne saurait écarter ces restrictions. Autrement dit, si un constituant détient des biens faisant l'objet d'une licence de marque, la sûreté ne porterait que sur le droit du constituant sous réserve des clauses de la licence ayant force obligatoire et ne conférerait au créancier garanti aucun droit général d'utiliser la marque ou d'en disposer.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner si l'ordre des recommandations 128 à 141 pourrait être modifié afin de suivre de plus près l'explication donnée dans les présents commentaires.]

3. Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant

a) Généralités

26. Les États sont tenus d'élaborer des mécanismes procéduraux pour faciliter la réalisation effective et efficace par le créancier garanti et la protection des droits du constituant et des tiers ayant un droit sur les biens grevés, que le créancier garanti: a) doive ou non obtenir un jugement par la voie régulière, demander à un agent public de saisir les biens grevés et de les vendre aux enchères; ou b) ait ou non accès à une procédure judiciaire accélérée pour faire reconnaître la défaillance du débiteur et pouvoir alors demander immédiatement à un agent public de saisir et vendre les biens grevés; ou c) soit ou non fondé à exercer ses droits sans procédure judiciaire. Ces mécanismes sont destinés à assurer un équilibre entre des droits concurrents après défaillance, mais avant l'exercice effectif des voies de droit du créancier garanti. C'est pourquoi les États prévoient habituellement qu'ils s'appliquent indépendamment de la voie de droit choisie par le créancier garanti, y compris par conséquent si le créancier garanti: a) saisit et vend les biens grevés en privé, en affectant le produit de la vente au remboursement de l'obligation non réglée; b) accepte le bien grevé en paiement de l'obligation garantie; ou c) prend possession d'une entreprise qu'il gère pour payer l'obligation garantie.

b) Notification de l'intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire

27. Lorsqu'un créancier garanti choisit de faire exécuter la convention constitutive de sûreté en engageant auprès une action ordinaire des tribunaux contre le constituant au titre de l'obligation garantie, les règles normales de procédure civile (notamment celles qui ont trait à l'avis de défaillance et à la possibilité d'une audition sur le fond) s'appliqueront à l'action judiciaire et au processus de réalisation après jugement. Généralement, toutefois, ces règles ne s'appliquent directement qu'aux procédures formelles des tribunaux. C'est pourquoi les États qui autorisent la réalisation extrajudiciaire adoptent le plus souvent des règles distinctes en cette matière, pour veiller à ce que les droits des parties concernées soient protégés de manière adéquate, tout en permettant une souplesse maximale dans le processus de réalisation. Les États exigent systématiquement des créanciers garantis qu'ils informent de leur intention de disposer des biens grevés toute personne susceptible d'être affectée par la disposition (par exemple le créancier, un tiers constituant et toute personne ayant des droits sur les biens grevés).

28. La nécessité reconnue de notifier la disposition extrajudiciaire place les États devant un choix fondamental. Dans certains États, un créancier garanti doit notifier préalablement son intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire avant même de chercher à obtenir la possession des biens grevés. Autrement dit, il doit adresser au constituant (et aussi, généralement, aux tiers ayant des droits sur les biens grevés) une notification écrite spécifiant la défaillance, les biens grevés, son intention de demander la possession des biens, le délai avant lequel le constituant doit, soit remédier à la défaillance, soit céder les biens (en général entre 15 et 20 jours) et, souvent, la voie de droit particulière qu'il entend suivre pour en disposer. Dans d'autres États, le moment de la notification est différé, et sa teneur

matérielle est souvent moins détaillée. Par exemple, le créancier garanti n'est pas tenu de notifier à l'avance son intention de prendre possession des biens grevés, mais il est en droit d'en prendre immédiatement possession dès qu'il avise formellement le constituant de la défaillance. Une fois en possession des biens grevés, toutefois, il ne peut généralement pas en disposer sans informer à l'avance (en général 15 à 20 jours) le constituant et les tiers intéressés du mode et des modalités de disposition qu'il envisage si le constituant ne remédie pas entre-temps à la défaillance.

29. Ces deux approches comportent des avantages et des inconvénients. Le principal avantage d'un régime exigeant que le créancier garanti notifie à l'avance son intention de réaliser et de prendre possession des biens grevés est qu'il attire l'attention du constituant et du débiteur sur la nécessité de protéger leurs droits sur les biens grevés (le débiteur saura inéluctablement qu'il est défaillant, mais peut-être pas le tiers constituant). Cela peut impliquer, par exemple, de contester la réalisation, de remédier à la défaillance du débiteur ou de chercher 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, de contester la réalisation ou, si c'est dans leur intérêt, de remédier à la défaillance 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 ce type de notification comprennent son coût, le fait que le créancier garanti doit peut-être choisir une voie de droit avant d'inspecter de près les biens grevés, et 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 de forme et de fond relatives aux notifications ne sont pas claires et simples, il y a un risque de non-respect "technique", débouchant sur une procédure judiciaire, avec les frais et retards que cela comporte.

30. L'avantage d'un régime n'exigeant que la notification de la disposition extrajudiciaire des biens grevés est qu'il protège le droit du créancier garanti de prendre promptement possession des biens grevés, tout en protégeant les intérêts du constituant et des tiers ayant des droits sur les biens grevés avant la disposition. Son inconvénient est que le constituant est avisé de la réalisation extrajudiciaire après que le créancier garanti a pris possession des biens grevés (cette approche crée les problèmes mentionnés au paragraphe précédent).

31. Indépendamment de l'approche suivie, les États doivent aussi décider quelles autres notifications peuvent être requises lorsqu'un créancier garanti cherche à réaliser sa sûreté réelle mobilière par des voies extrajudiciaires. De nombreux États qui exigent une notification préalable de l'intention de disposer des biens grevés n'exigent pas en revanche un avis distinct de défaillance ni une notification ultérieure de la réalisation extrajudiciaire. L'idée est qu'une notification unique remplira toutes les fonctions. D'autres États, qui acceptent que la notification de la méthode de réalisation extrajudiciaire suivie soit adressée après la prise de possession des biens grevés par le créancier, exigent néanmoins un avis formel de défaillance préalable à la prise de possession. Étant donné que l'objectif et le contenu de la notification préalable de l'intention de procéder à une réalisation, et ceux de la notification postérieure à la prise de possession de la réalisation

extrajudiciaire, se recoupent largement, les États qui exigent la première, n'exigent jamais la seconde. Afin de tenir compte des intérêts de toutes les parties, le présent Guide recommande qu'un créancier garanti puisse prendre possession des biens grevés sans saisir de tribunal, sous réserve que le constituant ait consenti à une réalisation extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté, qu'au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession, le constituant ne s'y oppose pas, et que le créancier garanti ait avisé le constituant de la défaillance et de son intention de chercher à obtenir la possession sans saisir de tribunal (voir A/CN.9/631, recommandation 143).

32. En ce qui concerne les autres situations dans lesquelles une notification peut être nécessaire, les États spécifient généralement avec grand soin le contenu minimal de l'avis, la façon dont il doit être donné et les personnes à qui il doit l'être, en plus du moment où il doit être donné. De nombreux États distinguent 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 leurs droits ou ont informé d'une autre façon le créancier garanti qui se propose de disposer des biens grevés). Certains États prévoient que la notification doit uniquement être adressée au constituant et aux autres créanciers garantis ayant inscrit leurs droits, mais que dans ce cas elle soit enregistrée et qu'ensuite, le conservateur du registre soit tenu de la transmettre à tous ceux qui ont inscrit leurs droits sur les biens grevés.

33. Les États ont également des approches différentes en ce qui concerne le contenu minimal de l'avis. Comme pour la décision sur le moment où l'avis doit être donné et à ses destinataires, les décisions portant sur les informations à y faire figurer exigent des États qu'ils effectuent une analyse coûts-avantages. Ils pourraient par exemple exiger que la notification contienne le décompte, établi par le créancier garanti, du montant dû en raison de la défaillance. Ils pourraient 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. De plus, certains États estiment qu'il n'est pas nécessaire que les notifications aux autres parties intéressées soient aussi complètes ou précises que la notification au débiteur et au constituant. Là encore, lorsque la notification doit être adressée avant la prise de possession, les États exigent souvent des créanciers garantis qu'ils fournissent davantage d'informations. En revanche, lorsque la notification est donnée après, le créancier garanti est souvent simplement tenu de donner des informations de base concernant la date, le moment, le lieu et le type de disposition qu'il envisage, ainsi que le délai dans lequel le constituant ou d'autres parties intéressées peuvent s'opposer à la proposition ou remédier à la défaillance.

34. Plusieurs approches permettent de trouver le bon équilibre entre la nécessité de faire en sorte que la notification apporte suffisamment d'informations aux parties intéressées pour leur permettre de décider en connaissance de cause comment protéger leurs droits, et la nécessité d'une réalisation rapide et peu coûteuse. Certains États imposent une lourde charge à leurs créanciers garantis, tant pour ce qui est du moment que du contenu de la notification. D'autres n'ont que des

prescriptions minimales. Le présent Guide recommande que la notification soit normalement donnée avant que le créancier garanti ne commence la réalisation (voir A/CN.9/631, recommandation 145), et que des règles prévoient qu'elle soit donnée de manière efficace, rapide et fiable (voir A/CN.9/631, recommandation 146), mais que les États aient la liberté de déterminer la manière dont elle doit être donnée et son contenu spécifique (voir A/CN.9/631, recommandation 147).

c) Libération des biens grevés et régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie

35. Lorsqu'une défaillance a été signalée, le débiteur, le tiers constituant et les tiers intéressés tenteront souvent de refinancer l'obligation garantie ou de remédier autrement à la défaillance présumée. Dans de tels cas, les États doivent décider quels droits ces différentes parties peuvent exercer, et dans quel délai. Habituellement, les constituants et les tiers se voient accorder deux types de droits: la libération des biens grevés et la régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie.

36. La libération met fin à l'opération garantie car l'obligation du constituant a été entièrement remboursée. Étant donné que l'objectif de la procédure de réalisation est de permettre aux créanciers d'obtenir le remboursement de l'obligation, les États sont en général assez souples pour ce qui est des parties fondées à payer l'obligation garantie. Ainsi, la plupart d'entre eux autorisent un constituant défaillant à chercher à obtenir la libération des biens grevés avant que le créancier garanti n'en dispose définitivement, en s'acquittant du solde de l'obligation garantie, y compris les intérêts et les frais de réalisation jusqu'au moment du remboursement. Les États permettent aussi généralement à tout tiers intéressé (par exemple un créancier de rang inférieur à celui du créancier procédant à la réalisation ou un acquéreur qui prend les biens sur lesquels porte la sûreté réelle mobilière) d'exercer le droit de remboursement si le constituant ne le fait pas.

37. De plus, les États adoptent en général une attitude souple en ce qui concerne le délai dans lequel le remboursement peut être effectué. Le souci du créancier garanti est d'être payé. Tant que ce paiement du principal, des intérêts et des frais de réalisation encourus intervient avant que les droits de tiers ne soient affectés, il n'y a aucune raison d'inciter à la disposition du bien grevé. En d'autres termes, la personne qui exerce le droit le conserve: a) jusqu'à la disposition des biens grevés ou la réception du paiement par le créancier garanti après la disposition des biens grevés; b) jusqu'à ce que le créancier garanti s'engage à disposer des biens grevés; ou c) 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. Jusqu'à ce qu'un de ces événements se produise, l'obligation garantie peut être remboursée intégralement et les biens grevés libérés. Pour les mêmes raisons (reconnaissance du fait que pour le créancier le principal souci est d'être payé, et pour le constituant de ne pas perdre son bien), le présent Guide recommande que le remboursement en vue de la libération des biens grevés soit autorisé jusqu'à ce que les droits des tiers soient acquis ou que le créancier garanti ait accepté le bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir A/CN.9/631, recommandation 140).

38. La régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie est très différente de la libération des biens grevés, et elle est généralement plus circonscrite. Elle consiste à remédier à la défaillance en question (par exemple payer les mensualités

non acquittées, les intérêts courus et les frais de réalisation déjà supportés), mais n'a autrement aucun effet sur l'obligation d'exécution du constituant, ni sur la sûreté réelle mobilière. L'obligation dont l'exécution est rétablie reste opposable en vertu des conditions dont les parties sont convenues et continue d'être garantie par les biens grevés.

39. Les États abordent de façon très différente le droit à la régularisation. Certains ne prévoient de tel droit dans la loi, mais autorisent les parties à le stipuler dans la convention constitutive de sûreté. Beaucoup, en revanche, prévoient ce droit, mais limitent son exercice au constituant. Enfin, certains États autorisent toute partie intéressée à remédier à une défaillance et à régulariser l'inexécution de l'obligation garantie. Lorsque cette régularisation est autorisée, le délai pour exercer ce droit est le même que le délai pour l'exercice du droit à la libération des biens grevés. Du fait que la régularisation conserve l'obligation garantie au lieu de l'éteindre, le constituant peut de nouveau être défaillant par la suite. Afin d'éviter une série de défaillances et de régularisations stratégiques, les États limitent souvent le nombre de fois où l'exécution d'une obligation garantie peut être rétablie après défaillance.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager d'ajouter une recommandation relative au droit du constituant de remédier à la défaillance et de régulariser l'inexécution de l'obligation garantie.]

d) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés

40. Après une défaillance, le créancier garanti cherchera à obtenir le meilleur prix possible pour les biens grevés. Le constituant connaissant souvent mieux que lui le marché de ces biens, le créancier garanti l'autorisera à en disposer même après le commencement de la réalisation. Dans la plupart de ces cas, les parties conviennent que tout montant provenant de la disposition sera versé au créancier garanti, comme s'il résultait de la procédure de réalisation. Ces arrangements ont des conséquences pour les tiers qui peuvent aussi avoir des droits sur les biens grevés, ou un droit au produit de leur disposition. C'est pourquoi certains États prévoient expressément que, lorsqu'un créancier garanti qui a commencé la réalisation accorde au constituant un délai limité après la défaillance pour disposer des biens grevés, le produit de la vente sera traité à tous les points de vue, comme s'il était la conséquence d'une disposition en vue de la réalisation. Certains États vont plus loin en interdisant même au créancier garanti d'essayer d'organiser la disposition des biens grevés pendant une courte période après la défaillance. D'autres cherchent à atteindre l'objectif de maximisation du montant reçu au terme de la disposition en encourageant le constituant à porter des acheteurs potentiels à l'attention du créancier garanti. En tout état de cause, l'objectif est de structurer le régime de réalisation de manière à inciter le constituant à coopérer avec le créancier garanti pour disposer des biens grevés au prix le plus élevé possible.

4. Réalisation extrajudiciaire des droits du créancier garanti

a) Généralités

41. Lorsqu'un créancier garanti choisit de faire exécuter la convention constitutive de sûreté par voie judiciaire, après obtention d'un jugement, les règles normales de procédure civile relatives au processus de réalisation après jugement s'appliquent. En général, cela signifie que des agents publics ou des autorités publiques (par

exemple huissiers de justice, notaires ou police) prendront possession des biens grevés pour les mettre en vente. La procédure est légèrement différente lorsque le créancier garanti a pris les mesures nécessaires pour l'ouverture d'une procédure de réalisation et choisit d'exercer ses droits par voie extrajudiciaire. Comme aucun agent public n'intervient, le créancier garanti souhaitera normalement, et devra généralement, obtenir la possession ou le contrôle des biens grevés pour procéder à la réalisation. Les États ont adopté des approches différentes, qu'il s'agisse du droit du créancier garanti d'obtenir la possession et le contrôle des biens (par opposition à la remise des biens grevés à un huissier de justice) ou, si la possession directe du créancier est autorisée, des mécanismes procéduraux qui doivent être appliqués à cet effet.

b) Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant

42. Avant la défaillance, le constituant est généralement en possession des biens grevés. Parfois, cependant, il aura déjà transféré la possession au créancier garanti, soit au moment où la sûreté prend effet entre eux (voir A/CN.9/631, recommandation 14), soit plus tard, comme moyen de rendre la sûreté opposable (voir A/CN.9/631, recommandation 38) ou en réponse à une demande ultérieure du créancier avant la défaillance visant à contrôler les biens. Dans d'autres cas, les biens grevés peuvent être en la possession ou sous le contrôle d'un tiers qui agit pour ou sous les ordres du créancier garanti. Lorsqu'il en est ainsi, de nombreux États n'exigent pas du créancier garanti qu'il prenne des mesures supplémentaires pour commencer la réalisation. Autrement dit, le créancier n'a pas besoin de donner un avis formel de défaillance au constituant, il suffit qu'il envoie un avis de son intention de disposer une fois qu'il a décidé ce qu'il compte faire. Certains États, en revanche, exigent que le créancier en possession des biens informe le constituant de la défaillance et du fait qu'il détient les biens grevés en vue de les réaliser. Ces États considèrent aussi généralement que la défaillance met fin à tout accord en vertu duquel le créancier en possession des biens grevés peut les utiliser.

43. Lorsque le créancier n'est pas en possession des biens grevés, il doit prendre activement des mesures pour les récupérer auprès du constituant ou pour informer un tiers qui les détient pour le compte du constituant que la sûreté est devenue opposable. Les États qui prévoient la réalisation extrajudiciaire prévoient généralement que, lorsqu'un constituant est défaillant, le créancier garanti a automatiquement le droit de prendre possession des biens grevés. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire que, en attendant la réalisation extrajudiciaire, les biens soient placés sous le contrôle d'un agent public. L'idée est que si le créancier garanti peut prendre des décisions quant à la possession et au contrôle à la suite de la défaillance, il en résultera de la souplesse dans la réalisation et un moindre coût en termes de préservation des biens en attendant leur disposition. Ce raisonnement est aussi celui qui sous-tend la recommandation du présent Guide selon laquelle le créancier garanti, après défaillance, a droit automatiquement à la possession (voir A/CN.9/631, recommandation 142).

44. Le droit du créancier garanti à la possession s'accompagne du droit de décider exactement comment cette possession doit être exercée. Parfois, les créanciers garantis prennent personnellement possession des biens grevés contre lesquels la procédure a été ouverte, mais ce n'est pas le cas le plus fréquent. Ils peuvent, par exemple, remettre les biens en question à un tribunal ou à un agent nommé par

l'État ou par le tribunal. Plus souvent, ils les confient à un tiers dépositaire qu'ils désignent, ou (surtout lorsqu'il y a une opération de fabrication) ils nomment un gestionnaire qui ira dans les locaux du constituant pour prendre le contrôle des biens grevés. Lorsque les biens sont déjà entre les mains d'un tiers qui n'agit pas pour leur compte, mais qui a été informé de la convention constitutive de sûreté, les créanciers garantis peuvent simplement l'informer que la convention est devenue opposable est que le constituant n'a plus le droit de conserver la possession des biens grevés, de les contrôler ou d'en disposer.

45. Les États considèrent généralement que la prise de possession est une étape importante dans la procédure de réalisation et imposent des règles de procédure précises aux créanciers qui réclament la possession. Autrement dit, bien que le créancier garanti puisse avoir un droit automatique à la possession, la manière de procéder est réglementée. En général, trois approches sont possibles pour élaborer les mécanismes procéduraux permettant aux créanciers garantis qui n'ont pas la possession des biens de les soustraire au contrôle du constituant. Dans certains États, le créancier garanti ne peut obtenir la possession que par une décision judiciaire, soit à la suite d'une procédure engagée par une seule des parties, soit plus souvent, à la suite d'une audition. Dans d'autres États, aucune décision judiciaire n'est requise, mais le constituant doit avoir autorisé le créancier à obtenir la possession par voie extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté, et le créancier doit lui notifier à l'avance (habituellement 10 ou 20 jours) son intention de réclamer la possession et de réaliser le bien. Enfin, dans quelques États, le créancier est habilité à réclamer et à prendre possession sans saisir un tribunal, et sans avoir à informer préalablement le constituant de son intention, sous réserve que le constituant l'ait autorisé à le faire dans la convention constitutive de sûreté. Toutefois, même dans ces pays, le créancier n'a pas un droit absolu d'obtenir la possession par voie extrajudiciaire. Il y a toujours un risque que le créancier abuse de ses droits en menaçant le constituant, en l'intimidant, en portant atteinte à l'ordre public ou en réclamant les biens grevés sous de faux prétextes. C'est pourquoi la plupart de ces États subordonnent tout acte du créancier visant à obtenir la possession à l'obligation pour ce dernier de ne pas troubler l'ordre public. Si le constituant résiste, il faut une décision judiciaire de mise en possession. Les États qui autorisent la prise de possession extrajudiciaire par le créancier sous réserve qu'une notification ait été faite 10 ou 20 jours auparavant adoptent aussi généralement cette approche et exigent une décision judiciaire s'il y a un risque de perturbation de l'ordre public quand le créancier cherche à obtenir la possession après expiration du délai.

46. Dans les États où la prise de possession est subordonnée à une notification de la part des créanciers garantis, il y a toujours un risque qu'un constituant défaillant tente de dissimuler ou transférer les biens grevés avant que le créancier garanti n'en prenne le contrôle. Il peut aussi arriver que les biens soient utilisés de manière abusive, qu'ils soient dispersés s'il n'en est pas pris soin, ou selon les conditions du marché, qu'ils perdent rapidement de la valeur. Pour éviter ces problèmes, la plupart des États prévoient que les créanciers garantis peuvent obtenir une décision accélérée d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. En outre, dans le cas particulier où les biens grevés risquent de perdre rapidement de leur valeur, et que les créanciers soient ou non tenus de notifier à l'avance leur intention de procéder à la réalisation, de nombreux États autorisent le tribunal à ordonner la vente immédiate des biens périssables.

47. La décision relative aux formalités à remplir par un créancier garanti pour obtenir la possession des biens dépend du compromis que trouvent les États entre la protection des droits du constituant et une réalisation efficace en vue de réduire les coûts. Elle dépend également d'une appréciation de la probabilité, dans la pratique, d'abus de la part des créanciers garantis ou d'un comportement incorrect des constituants en possession des biens. Afin de réduire le coût de la réalisation et de limiter au minimum le risque d'utilisation abusive ou de perte de valeur des biens, le présent Guide recommande que le créancier garanti soit autorisé à obtenir la possession par des voies extrajudiciaires, mais seulement si le constituant y a consenti dans la convention constitutive de sûreté, si le créancier a avisé le constituant de son intention de prendre possession et si, au moment où le créancier cherche à obtenir la possession, le constituant ne s'y oppose pas (voir A/CN.9/631, recommandation 143). De plus, pour maximiser la valeur de la réalisation lorsqu'il s'agit de biens périssables ou qui risquent de perdre rapidement de leur valeur entre le moment où la notification a été adressée et celui où le créancier peut effectivement obtenir la possession des biens, le présent Guide recommande que, tant que le constituant a autorisé la possession extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté, et qu'il ne s'oppose pas au moment où le créancier cherche à obtenir la possession, le créancier n'a pas besoin de notifier son intention de prendre possession et de disposer des biens (voir A/CN.9/631, recommandation 145).

c) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés

48. Du fait qu'une sûreté donne le droit au créancier garanti d'obtenir la valeur de la vente des biens grevés et de l'affecter à l'obligation garantie, les États réglementent en général de façon assez détaillée les procédures par lesquelles le créancier garanti peut saisir les biens et en disposer. Les prescriptions sont plus ou moins formelles. Ainsi, même lorsque la réalisation extrajudiciaire est autorisée, certains États soumettent les actes de disposition aux mêmes procédures publiques que celles qui sont utilisées pour l'exécution des jugements des tribunaux. D'autres États exigent que les créanciers garantis obtiennent l'approbation par le tribunal du mode de disposition envisagé avant d'entamer la procédure. D'autres encore autorisent le créancier garanti à diriger la disposition mais prescrivent des procédures uniformes en la matière (par exemple des règles relatives aux enchères publiques ou à un appel d'offres). Parfois, les États obligent même le créancier garanti à obtenir le consentement du constituant quant au mode de disposition. Enfin, certains États laissent au créancier un large pouvoir d'appréciation unilatéral, à condition que soient respectées les normes générales de conduite (par exemple la bonne foi et le caractère commercialement raisonnable), dont la violation contraint le créancier à verser des dommages-intérêts.

49. Le plus souvent, les garanties procédurales par lesquelles les États contrôlent les actions des créanciers garantis concernent les renseignements à donner dans la notification qui doit être adressée au constituant et aux tiers qui ont un droit sur les biens grevés. En principe, le types de renseignements requis devraient être identiques, que les États optent pour une notification préalable ou postérieure à la prise de possession. Ainsi, par exemple, les États demandent souvent aux créanciers d'indiquer la méthode de publicité à utiliser pour un acte de disposition proposé, la date, l'heure et l'endroit de la vente, si celle-ci se fera par enchère publique ou par offre, si les biens seront vendus individuellement, par lot ou d'un seul tenant, et si la disposition inclut les locations, licences ou permis qui leur sont associés, le cas

échéant. L'objectif 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. C'est la raison pour laquelle même les États qui exigent généralement des notifications détaillées ne le font pas lorsque les biens grevés sont destinés à être vendus sur un marché public reconnu. Dans de tels cas, c'est le marché qui fixe la valeur des biens, et il n'est pas possible d'obtenir un prix supérieur en adoptant et en notifiant un autre mode de vente (voir A/CN.9/631, recommandation 145).

50. Du fait qu'une disposition extrajudiciaire de biens grevés a le même caractère définitif qu'une vente contrôlée par un tribunal, la plupart des États non seulement imposent des règles relativement détaillées quant au contenu de la notification et au délai qui doit s'écouler avant que la vente puisse avoir lieu, mais encore autorisent les parties intéressées à s'opposer au moment et aux modalités de l'acte de disposition proposé. Habituellement, il existe des procédures accélérées spéciales pour que les objections puissent être rapidement entendues et prises en considération (voir A/CN.9/631, recommandations 137 et 141). En règle générale, c'est lorsque le créancier procédant à la réalisation a le plus de souplesse quant au moment et à la méthode de disposition que le coût de la réalisation est le plus bas, la réalisation la plus rapide et le produit reçu le plus élevé. Pour ces raisons, le présent Guide recommande de la souplesse pour les créanciers garantis, et seulement le strict minimum de renseignements nécessaires dans la notification pour informer les parties de la réalisation et de la nécessité de protéger leurs intérêts s'ils le souhaitent (voir A/CN.9/631, recommandations 146 et 147).

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

51. La raison d'être d'une sûreté est de permettre au créancier garanti de réaliser la valeur du bien grevé et d'en affecter le montant reçu au paiement de l'obligation du constituant. C'est pourquoi, dans de nombreux États, le créancier n'a d'autre recours, en cas de défaillance, que de saisir les biens grevés et de les vendre. Dans la plupart des États qui limitent ainsi les recours extrajudiciaires du créancier garanti, la limitation s'applique même lorsque le créancier est déjà en possession des biens grevés en vertu d'un contrat de nantissement. En d'autres termes, les parties ne peuvent pas, dans ces États, convenir à l'avance qu'en cas de défaillance du constituant, le créancier garanti peut garder les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie. De même, dans beaucoup d'entre eux, le créancier garanti ne peut prendre possession des biens grevés à titre de réparation une fois que la défaillance s'est produite. De plus, même si, après la défaillance, le constituant et le créancier garanti conviennent que ce dernier peut garder les biens grevés, dans ces mêmes États, de tels arrangements sont considérés comme un paiement contractuel et n'ont aucun effet sur les droits de toute autre partie ayant un droit sur ces biens.

52. Dans de nombreux États, au contraire, le créancier garanti est en droit de proposer au constituant de se faire attribuer les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. Lorsque les créanciers garantis disposent d'une telle option, les États prévoient généralement que tout accord qui transfère automatiquement la propriété des biens grevés au créancier garanti en cas de défaillance n'a pas d'effet s'il a été conclu avant la défaillance. En revanche, il a force obligatoire s'il a été conclu après et, selon la procédure de réalisation concernée, était destiné à empêcher un comportement abusif du créancier. Ces États

prévoient aussi généralement que toute convention privée informelle conclue par les constituants et les créanciers garantis après la défaillance a force obligatoire, mais uniquement en tant que paiement contractuel n'ayant aucun effet sur des tiers qui ont des droits sur les biens grevés.

53. Lorsque les États autorisent expressément le créancier à accepter les biens grevés, après la défaillance, à titre d'exécution de l'obligation garantie, sous réserve d'avoir suivi la procédure requise, cela ne signifie pas que le constituant doit accepter son offre. Il peut la refuser, ce qui signifie que le créancier garanti devra recourir à d'autres voies de droit. Le fait de permettre la conclusion de ce type de convention après la défaillance a l'avantage, dans bien des cas, de permettre une réalisation plus rapide et moins coûteuse. L'inconvénient est qu'il peut y avoir un risque d'abus de la part du créancier lorsque: a) les biens grevés ont une valeur plus élevée que l'obligation garantie; b) le créancier garanti a, même après la défaillance, un pouvoir inhabituel sur le constituant; ou c) le créancier garanti et le constituant conviennent d'un arrangement qui porte déraisonnablement atteinte aux droits de tiers ayant un droit sur les biens grevés.

54. Afin d'éviter un éventuel comportement abusif ou la collusion entre le créancier garanti et le constituant, certains États exigent non seulement que le constituant consente à l'acceptation du créancier garanti, mais aussi une notification aux tiers ayant des droits sur les biens grevés. Ces derniers ont ensuite le droit de s'opposer à la convention proposée et peuvent exiger du créancier garanti qu'il réalise la sûreté au moyen d'une vente. De plus, certains États exigent l'accord d'un tribunal dans certaines circonstances, par exemple lorsque le constituant a effectué d'importants paiements en remboursement de l'obligation garantie et lorsque la valeur des biens grevés dépasse largement l'obligation non réglée. Enfin, certains États exigent qu'un créancier garanti qui propose de se faire attribuer les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie soit tenu de fournir au préalable une estimation officielle et indépendante de la valeur de ces biens.

55. Les États devraient imposer ou non une ou plusieurs de ces prescriptions, en particulier l'intervention préalable d'un tribunal, en fonction de leur évaluation des coûts et des avantages de chacune d'entre elles. Conformément à l'objectif général, qui est de bénéficier d'une souplesse maximale pour obtenir la valeur la plus élevée possible lors de la réalisation des biens grevés, le présent Guide recommande que le créancier garanti ou le constituant puisse proposer à l'autre que les biens soient attribués à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir A/CN.9/631, recommandations 148 et 151). De même, pour assurer que toutes les parties comprennent toutes les implications de la proposition, il recommande qu'une notification adéquate de l'intention du créancier garanti soit donnée au constituant et aux tiers, et qu'elle indique non seulement les biens qui peuvent être attribués à titre d'exécution, mais aussi le montant dû à la date d'envoi de la notification, le montant de l'obligation dont l'exécution est proposée par la prise en paiement du bien grevé, et un délai relativement court à l'expiration duquel la proposition sera réputée avoir été acceptée (voir A/CN.9/631, recommandation 149). L'idée est qu'il est plus efficace et moins coûteux, pour fournir les informations pertinentes aux parties intéressées, de demander au créancier garanti d'indiquer sa propre évaluation des biens grevés, que de prévoir une évaluation indépendante. Il est supposé aussi que, une fois qu'ils ont été informés de la proposition du créancier garanti, le constituant ou les tiers sont en mesure d'en mesurer le caractère raisonnable. C'est

pourquoi le présent Guide recommande également que le constituant ou des tiers qui s'opposent à la proposition aient le droit d'exiger du créancier qu'il abandonne cette démarche et procède plutôt à une vente à des fins de disposition (voir A/CN.9/631, recommandation 150).

e) Gestion et vente d'une entreprise

56. Dans de nombreuses circonstances, un créancier garanti n'a pas seulement une sûreté sur des biens particuliers du constituant, mais sur la plupart ou sur l'ensemble des biens d'une entreprise. En pareil cas, on peut souvent obtenir la valeur de réalisation la plus élevée en vendant l'entreprise en vue de la poursuite de ses activités. Pour pouvoir le faire de manière efficace, les créanciers garantis doivent généralement être en mesure de disposer de tous les biens, y compris des biens immeubles. De plus, dans de tels cas, les États prescrivent souvent des procédures de notification précises pour la vente et réglementent de manière plus stricte les conditions de la vente d'une entreprise en vue de la poursuite de ses activités.

57. À l'inverse, dans de nombreux cas où la réalisation devient nécessaire, il n'est pas dans l'intérêt du constituant ou du créancier garanti de disposer immédiatement de tous les biens d'une entreprise, que ces derniers soient vendus par catégorie (par exemple les stocks, le matériel et les licences) ou que l'entreprise soit vendue en une fois. Pour cette raison, de nombreux États permettent aux créanciers garantis de prendre le contrôle des opérations commerciales et de gérer l'entreprise pendant un certain temps après la défaillance. Souvent, ces États exigent que la notification de réalisation précise expressément qu'en prenant possession des biens grevés, le créancier a l'intention de mettre fin progressivement aux activités de l'entreprise. Cela est particulièrement important pour les autres créanciers, qui pourraient ne pas savoir autrement qu'une liquidation est en cours. Certains États prescrivent également des procédures particulières pour la nomination d'un gestionnaire, pour faire marcher l'entreprise, informer les fournisseurs des droits du créancier garanti, et expliquer aux clients que ce qui ressemble à une vente ordinaire fait partie en réalité d'une procédure de réalisation.

58. Lorsque les stocks ont effectivement été liquidés, le créancier passera en général à l'exercice d'une autre voie de droit. Dans de tels cas, la plupart des États exigent du créancier garanti qu'il informe de nouveau le constituant et les autres parties ayant un droit sur les biens restants (la plupart du temps le matériel, des locations, des licences et le reste des stocks) pour indiquer qu'il envisage d'exercer une autre voie de droit (par exemple de se faire attribuer les biens à titre d'exécution ou, plus fréquemment, de les vendre). Une fois qu'une telle notification a été donnée, les procédures ordinaires de réalisation applicables en la matière s'appliquent.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager d'ajouter une recommandation relative au droit du créancier garanti de reprendre la gestion d'une entreprise et de vendre les biens tout en mettant fin à ses activités.]

f) Cumul des voies de droit

59. Il arrivera parfois que, pour disposer entièrement de tous les biens grevés, un créancier soit obligé d'exercer plus d'une voie de droit. Comme on l'a observé, cela

arrive généralement lorsqu'un créancier garanti liquide une entreprise. Cela peut aussi se produire si, par exemple, une vente est la manière la plus efficace de réaliser une sûreté sur les stocks, ou si l'attribution des biens au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie est le moyen le plus efficace de réaliser une sûreté sur le matériel. De plus, il y aura, à l'occasion, des situations où un créancier garanti estimera qu'une voie de droit sera optimale, avant de découvrir qu'une autre permettra d'obtenir une valeur plus élevée en cas de disposition. C'est pourquoi la plupart des États prévoient le cumul des voies de droit du créancier garanti. Ainsi, le créancier procédant à la réalisation n'aura peut-être pas seulement la possibilité de choisir la voie de droit à exercer, mais pourra en exercer plusieurs, simultanément ou successivement. Peut-être même pourra-t-il exercer parallèlement des voies de droit judiciaires et extrajudiciaires. Ce n'est que quand l'exercice d'une voie de droit (par exemple la prise de possession et la disposition d'un bien grevé) rend impossible l'exercice d'une autre (par exemple l'attribution d'un bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie) qu'il ne pourra les cumuler. Là encore, le Guide part du principe selon lequel, la maximisation de la souplesse dans la réalisation permettra probablement d'obtenir la valeur la plus élevée pour les biens grevés, et il recommande que les créanciers garantis soient autorisés à cumuler les voies de droit judiciaires et extrajudiciaires (voir A/CN.9/631, recommandation 138).

60. Une sûreté est octroyée afin d'augmenter les chances qu'un créancier reçoive le paiement de l'obligation garantie. Les différents moyens de réalisation après la défaillance, et en particulier les voies de droit extrajudiciaires du créancier garanti, visent à atteindre cet objectif. Certains États n'autorisent pas les créanciers garantis à cumuler à la fois les voies de droit portant sur les biens grevés et celles portant sur les obligations garanties. Ils partent du principe que ces voies de droit extrajudiciaires sont une faveur accordée au créancier garanti et que celui-ci devrait, par conséquent, être tenu de choisir soit de réaliser sa sûreté, soit d'ester en justice pour exécuter l'obligation garantie. D'autres États autorisent le créancier garanti à cumuler les voies de droit extrajudiciaires et le droit d'exécuter l'obligation selon le droit des contrats. De plus, ils permettent que les deux procédures soient simultanées, ou successives, dans n'importe quel ordre. Le fait de demander à un créancier garanti de choisir, au début de la réalisation, l'un ou l'autre moyen de procéder complique et augmente le coût de la réalisation, car cela exige que le créancier détermine s'il y a un risque de différence. S'il arrive à cette conclusion, il sera contraint d'ester en justice pour exécuter l'obligation, et d'en évaluer la priorité uniquement au moment d'une vente judiciaire à des fins de réalisation. Cela représente un processus moins rapide, plus coûteux, et qui produira normalement une valeur moindre au moment de la vente. Afin de maximiser la valeur de la réalisation, le présent Guide recommande que les créanciers garantis soient autorisés à cumuler les procédures pour réaliser la sûreté par des voies extrajudiciaires et pour exécuter l'obligation garantie par une procédure judiciaire, la seule réserve étant que le créancier garanti ne peut pas réclamer davantage que son dû (voir A/CN.9/631, recommandation 139).

5. Effets de la réalisation

a) Le constituant, le créancier garanti et les tiers

61. Pour rendre le régime de réalisation aussi rapide que possible, les États adoptent généralement des règles détaillées qui déterminent l'effet de la réalisation sur la relation entre le constituant et le créancier garanti, les droits des parties susceptibles d'acheter les biens grevés lors d'une vente en réalisation de la sûreté et ceux des autres créanciers garantis (droits de recevoir le produit de la vente des biens grevés). L'objectif premier d'une procédure de réalisation est naturellement de générer une valeur que le créancier garanti pourra affecter au remboursement de l'obligation garantie non payée. Dans le cas le plus fréquent, le créancier garanti acquiert cette valeur en vendant les biens grevés et en imputant le produit de cette vente au paiement de la dette. S'il y a un excédent, le créancier garanti doit le restituer au constituant ou à toute autre personne y ayant droit. De plus, comme on vient de le voir, la plupart des États prévoient qu'en cas d'insuffisance, le créancier garanti conserve un droit contractuel ordinaire d'ester contre le constituant en tant que créancier chirographaire pour la somme restant due. Les détails de la manière dont le produit réparti est normalement attribué en pareil cas sont examinés plus loin (par. 67 et 68).

62. Cependant, comme on l'a vu, il arrive que le créancier garanti prenne le bien grevé en paiement de l'obligation garantie. Tous les États n'adoptent pas des règles identiques pour régir les effets de ce cas particulier, beaucoup prévoient généralement que le créancier qui prend le bien en paiement peut le garder même si sa valeur est supérieure à celle du montant de l'obligation garantie restant due. Ainsi, à la différence d'une vente, le créancier garanti peut conserver un excédent. Nombre de ces États prévoient également qu'en contrepartie, le créancier garanti qui accepte de prendre le bien en paiement de l'obligation n'a aucun recours contre le constituant en cas d'insuffisance. L'acceptation du bien vaut reconnaissance du paiement et éteint donc l'obligation garantie. D'autres États, en revanche, permettent aux créanciers qui ont pris des biens grevés en paiement de l'obligation garantie de se retourner contre leur constituant en cas d'insuffisance. En pareil cas, il devient naturellement nécessaire d'établir la valeur des biens pris en paiement, afin de pouvoir calculer le montant de la différence. Certains États demandent au créancier garanti de fournir une estimation indépendante, d'autres lui demandent simplement d'indiquer la valeur qu'il leur attribue. Dans un cas comme dans l'autre, on l'a vu, le constituant ou un autre créancier peut demander au créancier garanti de vendre le bien au lieu de le prendre en paiement. Pour des raisons déjà exposées (voir par. 55 ci-dessus), le présent Guide recommande que les créanciers garantis puissent prendre le bien en paiement total ou partiel de l'obligation garantie, à condition d'indiquer la valeur qu'ils lui attribuent dans l'avis envoyé au constituant et aux tiers (voir A/CN.9/631, recommandation 149).

b) Autres parties

63. Lorsqu'un créancier garanti réalise sa sûreté au moyen de la vente des biens grevés, différentes approches sont possibles pour déterminer les effets de la vente sur les autres parties. Dans certains États, la vente (y compris la vente extrajudiciaire) purge toutes les sûretés attachées aux tiers. En pareil cas, même les créanciers garantis ayant un rang de priorité supérieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation perdent leur sûreté et ne pourront prétendre qu'au produit

de la vente, avec un rang de priorité équivalent. Les acheteurs des biens obtiendront un titre de propriété libre de toute charge et seront disposés, et l'on peut penser qu'ils seront prêts à payer une prime à cet effet. Dans d'autres États, la vente par le créancier (qu'il s'agisse d'une vente administrée judiciairement ou d'une vente privée par lui) n'éteint que les droits ayant un rang de priorité inférieur à ceux du créancier garanti procédant à la réalisation, et le créancier garanti ayant un rang de priorité supérieur conservera sa sûreté sur les biens grevés. Les acheteurs n'obtiendront pas un titre de propriété libre de toute charge et feront donc des offres plus basses. Le postulat est que c'est normalement le créancier garanti dont le rang de priorité est le plus élevé qui se chargera de la réalisation (de sorte que toutes les sûretés seront purgées) ou qu'un créancier garanti de rang inférieur remboursera le créancier de rang supérieur de manière à obtenir un titre incontestable. Si les deux approches permettent de purger l'ensemble des sûretés, la deuxième offre un maximum de souplesse au créancier procédant à la réalisation et à l'acheteur pour parvenir à un arrangement différent au cas où l'acheteur n'est pas en mesure de financer la totalité du coût du bien grevé mais est disposé à l'acquérir à un prix réduit du fait qu'il est grevé d'une sûreté de rang supérieur. Pour maximiser la souplesse et l'efficacité lors de la réalisation, le présent Guide recommande d'adopter la deuxième approche (voir A/CN.9/631, recommandation 158).

64. Lorsqu'un créancier garanti prend les biens grevés en paiement de l'obligation garantie, les États prévoient généralement qu'il acquiert les biens dans les mêmes conditions que s'il les avait achetés dans une vente en réalisation. Bien qu'il soit possible que les États prévoient que l'acceptation en paiement de l'obligation garantie purge l'ensemble des sûretés, cela conduirait invariablement les créanciers garantis d'un rang de priorité supérieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation à prendre le contrôle de la réalisation. C'est pourquoi la plupart des États prévoient que les droits des autres créanciers garantis sont déterminés par leur rang de priorité par rapport au créancier procédant à la réalisation. Ainsi, par exemple, lorsqu'un État permet à un créancier garanti de prendre un bien grevé en paiement de l'obligation garantie, ce créancier acquiert le bien sous réserve des droits des créanciers garantis de rang supérieur. À l'inverse, s'il y a des créanciers garantis de rang inférieur, leurs droits seront normalement éteints à l'acceptation des biens grevés par un créancier garanti de rang supérieur. Pour les mêmes raisons que celles applicables à la vente extrajudiciaire, le présent Guide recommande que le créancier garanti qui accepte le bien en paiement le prenne libre de sûretés de rang inférieur, mais sous réserve des droits des créanciers de rang supérieur (voir A/CN.9/631, recommandation 158).

65. Le créancier garanti de rang supérieur voudra souvent prendre le contrôle d'un processus de réalisation commencé par un autre créancier (que ce soit dans le cadre d'une procédure de réalisation ou simplement en exerçant une sûreté). Les États prévoient généralement le droit de le faire dans leur législation sur les opérations garanties, mais certains ne permettent pas aux créanciers garantis de procéder à une réalisation extrajudiciaire une fois qu'un créancier judiciaire (qu'il s'agisse d'un créancier chirographaire ou d'un créancier garanti, qui peut lui aussi avoir intenté une action devant les tribunaux) a saisi les biens grevés. Lorsque les États accordent à un créancier garanti le droit de prendre le contrôle d'un processus de réalisation commencé par un créancier judiciaire, ils lui imposent souvent d'exercer ce droit dans un certain délai (à savoir avant que les enchères commencent) et de rembourser au créancier judiciaire les dépenses que celui-ci a engagées jusqu'alors aux fins de

la réalisation. Afin de maximiser l'efficacité de la réalisation des sûretés, le présent Guide recommande d'accorder au créancier garanti de rang supérieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation le droit de prendre le contrôle de la réalisation commencée tant par d'autres créanciers garantis par voie extrajudiciaire que par des créanciers judiciaires (voir A/CN.9/631, recommandation 156).

c) Allocation du produit de la disposition

66. L'une des particularités importantes de la législation sur les opérations garanties est qu'elle bouleverse les règles normales de répartition du produit de la disposition entre créanciers judiciaires non garantis. Finalement, l'objectif de la sûreté est d'obtenir un rang prioritaire dans la répartition de ce produit. Si la réalisation de la sûreté a été effectuée par voie judiciaire ou si le créancier garanti n'a pas pris le contrôle d'une procédure de réalisation commencée par un créancier judiciaire, le produit sera conservé par une autorité publique jusqu'à sa distribution aux parties auxquelles il est dû. Lorsque le régime prévoit une purge des droits, la méthode la plus fréquente consiste à payer d'abord les frais raisonnables de réalisation, puis les obligations garanties par ordre de priorité. De nombreux États prévoient également le paiement de certaines créances légales, après les frais de réalisation mais avant celles des créanciers garantis. Si le processus ordinaire de réalisation n'emporte pas purge des droits, les créanciers garantis ne seront pas payés, mais pourront faire valoir leur sûreté contre l'acquéreur.

67. Lorsqu'un créancier garanti procède à la réalisation au moyen d'une vente extrajudiciaire, les États posent généralement dans leur législation sur les opérations garanties une suite de règles relatives au produit de la vente. Il y a souvent des règles spéciales portant sur la manière dont le produit doit être conservé par le créancier garanti jusqu'à sa distribution. Elles indiquent aussi généralement si et quand un créancier garanti est tenu de remettre le produit à tout ou partie des autres créanciers (tels que les créanciers garantis dont la sûreté sur les biens grevés est de rang inférieur à celle du créancier garanti ayant procédé à la réalisation ou, si le régime de réalisation prévoit une purge des droits, à celle des créanciers garantis de rang supérieur et aux créanciers privilégiés). Le créancier garanti ne doit souvent tenir compte de ces autres droits que s'ils ont fait l'objet d'une inscription ou ont été rendus opposables d'une autre manière, ou encore s'ils lui ont été expressément notifiés (par exemple dans le cas de créances privilégiées qu'il n'est pas nécessaire d'inscrire). Invariablement, les États prévoient aussi que tout excédent de produit restant après satisfaction de tous les créanciers fondés à recevoir paiement doit être remis au constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 152).

68. L'obligation garantie n'est acquittée qu'à hauteur du produit reçu de la vente des biens grevés. Normalement, le créancier garanti est ensuite fondé à recouvrer le montant restant dû auprès du constituant. À moins que ce dernier n'ait constitué une sûreté sur d'autres biens au bénéfice du créancier, la créance portant sur la somme restante est une créance non garantie. Que la vente ait généré un produit supérieur ou inférieur au montant de la dette, certains États prévoient que lorsqu'un créancier garanti achète les biens grevés lors d'une vente en réalisation puis les revend avec un bénéfice, l'excédent perçu par rapport au montant payé par le créancier et aux coûts de la revente est réputé être reçu en paiement de l'obligation garantie. Cependant, à moins que l'on puisse démontrer que la première vente n'était pas

commerciallement raisonnable, les États considèrent généralement que le montant obtenu est la valeur finale reçue lors de la disposition des biens grevés.

d) Caractère définitif

69. Les lois sur les opérations garanties prévoient normalement que la réalisation est définitive. Cela signifie qu'à compter de la vente ou de l'acceptation en paiement conformément aux procédures de réalisation requises, elle ne peut normalement pas être réouverte. À moins que l'on puisse prouver qu'il y a eu fraude, la mauvaise foi ou collusion entre le vendeur et l'acheteur, la vente est définitive. Que le créancier garanti accepte le bien grevé en paiement de l'obligation garantie ou que les biens soient vendus à un tiers qui en fait l'acquisition lors d'une vente en réalisation, les effets de la réalisation à l'égard des autres parties sont généralement les mêmes: la sûreté sur les biens grevés est éteinte, de même que les droits du constituant et ceux de tout créancier garanti et de toute autre personne ayant un droit de rang inférieur sur les biens. Dans les États où la vente emporte purge de tous les droits sur les biens grevés, l'acheteur ou le créancier qui prend les biens grevés en paiement de l'obligation garantie obtient un titre de priorité libre de toute charge. Le plus souvent cependant, la loi prévoit que les droits de certaines autres personnes sur les biens grevés (en particulier ceux des créanciers garantis de rang supérieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation) perdurent malgré la disposition des biens dans le cadre de la procédure de réalisation.

B. Remarques sur des biens particuliers

1. Généralités

70. Les principes de base régissant la réalisation des sûretés, dont il vient d'être question devraient généralement s'appliquer quel que soit le type de bien grevé. Pourtant, ils visent avant tout certains types de biens corporels, tels que les stocks, matériel et biens de consommation. Pour cette raison, il est difficile de les appliquer à la réalisation de sûretés sur des biens incorporels, comme les créances de sommes d'argent et différents droits à paiement (tels que le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire), le produit d'un engagement de garantie indépendant, ou encore les droits à paiement découlant d'un instrument négociable, et les droits à possession découlant d'un instrument négociable (pour la définition de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, B. Terminologie et règles d'interprétation). En conséquence, de nombreux États ont adopté des règles spéciales pour régir la réalisation de ces types de bien grevé, et notamment des droits à paiement. Ces règles comportent, entre autres, des dispositions donnant au créancier garanti le droit de procéder au recouvrement auprès du débiteur de la créance ou de l'instrument négociable et d'exiger que celui-ci effectue les paiements directement entre ses mains. De plus, il est fréquent en pareil cas que la législation sur les opérations garanties doive tenir compte de la législation spécialisée et des pratiques commerciales relatives aux comptes bancaires, aux instruments négociables, aux documents négociables et aux engagements de garantie indépendants, et suivre en partie les règles qu'elles posent.

71. Comme il a été dit précédemment, les principes de base de la section A du présent chapitre considèrent généralement les biens grevés comme des biens

corporels acquis, utilisés et vendus comme des objets distincts. Or, les biens corporels sont souvent rattachés à d'autres biens meubles ou immeubles, ou mélangés dans une masse, ou encore transformés en un produit. Dans ces circonstances, les États doivent adapter le régime général pour régir la réalisation de sûretés concurrentes sur des biens rattachés et des produits transformés. Il en va ainsi, en particulier, lorsque des biens corporels sont rattachés à des biens immeubles, ou en sont détachés. Il peut par exemple y avoir des conflits de priorité entre des créanciers réalisant une hypothèque sur un terrain et des créanciers ayant une sûreté sur un bien rattaché à ce terrain. Les plus fréquentes de ces différentes situations et les différentes approches que peuvent adopter les États pour assurer l'efficacité de la réalisation de sûretés concurrentes sont examinées ci-après.

2. Réalisation d'une sûreté sur une créance

72. Lorsqu'une sûreté est constituée sur une créance, le bien grevé est le droit du constituant de recevoir le paiement du débiteur de la créance (pour la définition des termes "créance", "cession", "cédant", "cessionnaire" et "débiteur de la créance", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). S'il serait certes possible en théorie d'exiger du cessionnaire qu'il réalise la cession en saisissant la créance et en la vendant ou en la conservant en paiement de l'obligation garantie, mais ce serait un moyen lourd et inefficace de réaliser la valeur économique du bien. C'est la raison pour laquelle la plupart des États qui permettent aux créanciers de constituer une sûreté sur leurs créances et autres droits donnent la possibilité au cessionnaire de percevoir le paiement directement auprès du débiteur de la créance dès lors que le cédant est défaillant. Cela suppose deux conditions essentielles: premièrement, que le cédant sache que le cessionnaire procède à la réalisation (soit après défaillance, soit en accord avec le constituant avant défaillance), et, deuxièmement, que le débiteur de la créance sache qu'il doit à partir de cet instant effectuer les paiements entre les mains du cessionnaire.

73. Au chapitre VIII (Droits et obligations des parties), le Guide analyse la relation entre le cédant, le cessionnaire et le débiteur de la créance, notamment le droit du cessionnaire de recevoir les paiements directement du débiteur de la créance à la suite d'une défaillance du cédant (voir A/CN.9/631, recommandations 110 à 113). Le Guide prévoit également, au chapitre IX (Droits et obligations des tiers débiteurs), une protection pour le débiteur de la créance, qui n'aura pas à payer deux fois à la réception de la notification et des instructions de paiement données par le cessionnaire ou le cédant (voir A/CN.9/631, recommandations 114 à 120).

74. De nombreux États considèrent que le principal droit de réalisation du cessionnaire consiste simplement à recouvrer la créance. S'il fait le nécessaire pour rendre ses droits opposables au débiteur de la créance, il n'aura qu'à percevoir le paiement et à en déduire le produit de l'obligation du cédant. Cela est justifié par le fait que les droits du cédant et des tiers seront protégés simplement par l'imputation normale des sommes reçues à la réduction de l'obligation garantie. Conformément à l'approche adoptée par ces États, le présent Guide recommande qu'aucune démarche supplémentaire ne soit exigée pour procéder à la réalisation (voir A/CN.9/631, recommandation 163).

75. Néanmoins, il peut y avoir des cas où le cessionnaire voudra recouvrer la totalité de la valeur actuelle d'une créance dont le remboursement est prévu en

plusieurs mensualités. Il peut alors, après avoir avisé le débiteur de son intention, vendre ou transférer la créance à un tiers. Pour protéger les droits du cédant en pareil cas, de nombreux États prévoient que le cessionnaire ne peut conserver aucun excédent, principe que le présent Guide adopte non seulement pour de telles dispositions de créances, mais aussi pour le recouvrement ordinaire de créances (voir A/CN.9/631, recommandation 113, al. b)). De plus, le cessionnaire doit agir de manière commercialement raisonnable lorsqu'il dispose de la créance (voir A/CN.9/631, recommandation 128).

76. Dans certains cas, la créance elle-même sera garantie par d'autres droits personnels ou réels (par exemple par une garantie personnelle donnée par un tiers ou une sûreté sur des biens meubles du débiteur de la créance). De nombreux États prévoient un droit automatique pour le cessionnaire de réaliser ces autres droits si le débiteur de la créance ne s'acquitte pas du paiement de la créance à l'échéance. Il s'agit là d'une conséquence normale de la sûreté (l'accessoire suit le principal), et le présent Guide adopte une recommandation semblable à l'égard des garanties de l'obligation de payer du tiers débiteur (voir A/CN.9/631, recommandation 164). Cette règle s'applique également au produit d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/631, recommandations 26 alinéa b), 49, 105, 124 et 164).

3. Réalisation en cas de transfert pur et simple d'une créance

77. Le présent Guide s'applique aux transferts purs et simples de créances ainsi qu'aux sûretés sur les créances (voir A/CN.9/631, recommandation 3). Toutefois, dans le cas d'un transfert pur et simple, le cédant transfère généralement l'ensemble de ses droits sur la créance. Il ne conserve donc aucun droit sur la créance, et n'a par conséquent aucun intérêt à sa réalisation (généralement par recouvrement). Le présent chapitre, consacré à la réalisation, ne s'applique donc au transfert pur et simple d'une créance que lorsque le cessionnaire conserve une possibilité de recours contre le cédant en cas de non-recouvrement des créances. En d'autres termes, ce n'est que lorsque le cédant peut être responsable en dernier ressort envers le cessionnaire qu'il a un intérêt dans le mode de recouvrement des créances ou dans d'autres formes de disposition de celles-ci (voir A/CN.9/631, recommandation 162).

78. Les possibilités de recours contre le cédant en cas de non-recouvrement des créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple découlent généralement du fait que le cédant a garanti tout ou partie du paiement des créances par leur débiteur. Elles peuvent aussi naître d'autres accords fonctionnellement équivalents, comme lorsque: a) le cédant accepte de racheter une créance vendue au cessionnaire si le débiteur de la créance ne paie pas; ou b) le cédant 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.

79. Lorsque l'on parle de possibilité de se retourner contre le cédant en cas de "non-recouvrement", on ne vise ici que le cas où le débiteur de la créance ne paie pas pour des raisons de crédit (par exemple l'incapacité financière de payer). Par conséquent, le non-paiement par le débiteur de la créance de biens corporels ou de services au motif que ceux-ci sont de mauvaise qualité ou que le cédant ne respecte pas les spécifications fournies ne constituerait pas un cas de non-recouvrement. En revanche, en cas de non-paiement pour des raisons de crédit, les règles régissant

normalement le recouvrement de créances et la réalisation de la sûreté s'appliqueraient (voir A/CN.9/631, recommandations 163 et 164).

4. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

80. Dans de nombreux États, il est possible d'acquérir une sûreté sur un instrument négociable (pour la définition du terme "instrument négociable", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation), soit par prise de possession, soit en accomplissant d'autres formalités pour assurer son opposabilité (voir A/CN.9/631, recommandations 33 et 38). En règle générale, même lorsqu'une sûreté est constituée sur l'instrument négociable, les États se réfèrent à la législation qui les régit pour déterminer les droits des débiteurs sur cet instrument ainsi que ceux des autres personnes revendiquant des droits sur lui (voir A/CN.9/631, recommandation 121). Ces droits peuvent être, par exemple: a) le droit de la personne débitrice de l'instrument négociable de refuser de payer toute autre partie qu'un détenteur ou une autre personne fondée à faire exécuter l'instrument en vertu de la législation régissant les instruments négociables; et b) le droit de la personne débitrice de l'instrument d'invoquer certaines exceptions relatives à l'obligation dont elle est débitrice.

81. Lorsqu'une sûreté est constituée sur un instrument négociable, les créanciers garantis, normalement en ont la possession ou le contrôle. En cas de défaillance du constituant, de nombreux États permettent au créancier garanti de procéder au recouvrement ou de réaliser par un autre moyen leur sûreté sur l'instrument. Ils peuvent par exemple le présenter pour en demander le paiement ou même, si la défaillance intervient avant l'échéance de l'instrument, le vendre à un tiers et affecter le produit obtenu au paiement de l'obligation du constituant. Le raisonnement est que la négociabilité de l'instrument serait compromise si le créancier garanti était obligé de se conformer d'accomplir toutes les formalités requises, soit pour vendre l'instrument, soit pour l'accepter en paiement de l'obligation garantie. Conformément à ces pratiques, le présent Guide ne recommande pas que soient imposées d'autres formalités quelles qu'elles soient après la défaillance aux créanciers garantis procédant à la réalisation (voir A/CN.9/631, recommandation 165).

82. De même que pour les créances, il est possible que l'instrument négociable soit lui-même garanti par quelque autre droit personnel ou réel (par exemple une garantie personnelle apportée par un tiers ou une sûreté sur des biens meubles appartenant au débiteur de la créance). De nombreux États accordent au créancier garanti un droit automatique de réaliser ces autres droits si le débiteur de l'instrument négociable ne s'acquitte pas du paiement sur présentation. Le présent Guide recommande d'adopter cette approche pour la réalisation des garanties relatives au paiement d'un instrument négociable (voir A/CN.9/631, recommandation 166).

5. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

83. De nombreux États envisagent la possibilité de constituer une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (pour la définition de ce terme et des termes connexes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Dans une convention de compte entre une

banque et un déposant, la banque est généralement considérée comme le débiteur du déposant et a l'obligation de lui payer tout ou partie du dépôt sur demande. Le droit bancaire étant étroitement lié à des pratiques commerciales importantes dans les États, le présent Guide recommande de s'y conformer et prévoit aussi des garanties supplémentaires pour les banques dont les déposants peuvent avoir constitué des sûretés sur leurs droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir A/CN.9/631, recommandations 33, 50, 101, 102, 122 et 123). Par exemple, même si un déposant a conclu une convention de sûreté avec un créancier, la banque dépositaire: a) a les mêmes droits et obligations à l'égard du déposant; b) a les mêmes droits à compensation; c) n'est tenue de payer aucune autre personne que celle qui a le contrôle du compte; et d) n'est pas tenue de répondre aux demandes d'informations (voir A/CN.9/631, recommandations 122 et 123).

84. Dans de nombreux États, si le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti peut procéder au recouvrement ou exercer d'une autre manière son droit au paiement des fonds après la défaillance, ou même avant s'il en est ainsi convenu avec le constituant. La réalisation intervient normalement lorsque le créancier garanti demande à la banque de transférer les fonds sur son propre compte, ou de recouvrer d'une autre manière les sommes créditées sur le compte. Le raisonnement est que le bien grevé est le droit de recevoir paiement des fonds crédités sur le compte, et qu'il serait inefficace que le créancier garanti soit tenu de procéder à la réalisation en prenant possession des biens et en accomplissant les formalités applicables à la vente de biens grevés ou en les acceptant en paiement de l'obligation garantie. Conformément à l'objectif consistant à renforcer la souplesse et l'efficacité de la réalisation, le présent Guide recommande que les créanciers procédant à la réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire puissent le faire en recouvrant les fonds qui sont sur le compte (voir A/CN.9/631, recommandation 167).

85. Parfois, les États imposent au créancier garanti d'obtenir une décision de justice avant de réaliser une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Une telle exigence est compréhensible lorsque le créancier garanti peut avoir obtenu l'opposabilité par inscription au registre général des sûretés. En revanche, lorsque la banque a connaissance de la sûreté parce qu'elle a conclu un accord de contrôle avec le créancier garanti, exiger une décision de justice serait une formalité inutile. Pour cette raison, le présent Guide recommande que le créancier garanti ne soit pas tenu, lorsqu'un accord de contrôle a été conclu, de saisir un tribunal pour procéder à la réalisation (voir A/CN.9/631, recommandation 168). À l'inverse, lorsqu'il n'a pas été conclu d'accord de contrôle, le Guide recommande qu'une décision de justice soit exigée, à moins que la banque ne consente expressément à remettre les fonds au créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 169).

86. Bien souvent, le créancier garanti est en fait la banque dépositaire elle-même. En pareil cas, un processus de réalisation formel faisant intervenir un acte spécifique de recouvrement et d'affectation des fonds au remboursement de l'obligation garantie serait superflu. En cas de défaillance, une banque dépositaire agissant en qualité de créancier garanti exerce normalement son droit à compensation pour affecter les fonds présents sur le compte directement au paiement de l'obligation garantie non acquittée. Conformément à cette pratique, le présent Guide recommande qu'aucune sûreté que pourrait détenir la banque

dépositaire sur le droit au paiement de fonds crédités sur le compte n'ait d'incidence sur la réalisation de ses droits à compensation (voir A/CN.9/631, recommandations 27 et 122 alinéa b)).

6. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

87. Aujourd'hui, certains États permettent à des personnes qui ont le droit d'exiger un paiement ("de tirer") en vertu d'un engagement de garantie indépendant de constituer une sûreté sur le produit de ce droit (pour la définition de ce terme et des termes connexes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Le présent Guide recommande que l'on puisse constituer une sûreté sur ce produit, sous réserve d'une série de règles régissant les obligations entre le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée et le créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandations 26, 28, 49 et 51). La législation et les pratiques commerciales régissant les engagements de garantie indépendants étant très spécialisées, le présent Guide recommande d'adopter un certain nombre de règles destinées à refléter la législation et la pratique existantes (voir A/CN.9/631, recommandations 124 à 126). Ainsi par exemple, lorsque la sûreté est constituée automatiquement, aucun acte de transfert distinct de la part du constituant ne devrait être nécessaire pour que le créancier garanti réalise une sûreté sur un droit au produit d'un engagement de garantie indépendant.

88. La pratique générale des États est d'autoriser le créancier garanti dont la sûreté porte sur le produit d'un engagement de garantie indépendant à procéder au recouvrement ou à exercer d'une autre manière son droit au paiement du produit après la défaillance, ou même avant s'il en est ainsi convenu avec le constituant. Toutefois, la réalisation ne lui permet pas de réclamer le paiement au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée (voir A/CN.9/631, recommandation 28). Cela étant, il est normalement procédé à la réalisation lorsque le créancier garanti indique au garant/émetteur, au confirmateur ou à une autre personne désignée qu'il est fondé à recevoir paiement de tout produit autrement dû au constituant. Le raisonnement est que le garant/émetteur, le confirmateur ou l'autre personne désignée ne peut être soumise à aucune obligation envers quiconque autre que le bénéficiaire, qui seul peut demander le paiement de l'engagement de garantie indépendant. Le présent Guide suit la pratique relative aux engagements de garantie indépendants et recommande que la réalisation de la sûreté soit limitée au recouvrement du produit lorsque celui-ci a été payé (voir A/CN.9/631, recommandation 170).

7. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable

89. De nombreux États autorisent les constituants à créer une sûreté sur un document négociable (pour la définition de ce terme et des termes connexes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Le présent Guide recommande une pratique semblable (voir A/CN.9/631, recommandations 2 alinéa a) et 29). Le document négociable représente le bien meuble corporel qui y est décrit, et permet à son porteur de revendiquer ce bien auprès de l'émetteur. Normalement, les créanciers garantis réalisent leur sûreté en présentant le document à l'émetteur et en revendiquant le bien. Des règles spéciales peuvent toutefois s'appliquer pour protéger les droits de certaines personnes en

vertu de la législation régissant les documents négociables, et le présent Guide suit ces règles spéciales (voir A/CN.9/631, recommandation 127).

90. Néanmoins, entre le constituant et le créancier garanti, la réalisation intervient lorsque le créancier garanti présente le document à l'émetteur. À ce moment-là, le créancier garanti est en possession du bien meuble corporel et la réalisation de la sûreté obéit alors aux principes normaux recommandés en matière de réalisation de sûretés sur des documents négociables ou sur des biens meubles corporels représentés par ces documents (voir A/CN.9/631, recommandation 171). Selon ce que les parties ont convenu, le créancier peut disposer du document soit en cas de défaillance, soit avant avec l'accord du constituant. Il doit le faire de manière commercialement raisonnable, et le prix obtenu à la vente du document sera affecté au paiement de l'obligation garantie.

8. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un produit

91. Dans le cours normal des activités d'une entreprise, les biens meubles corporels tels que les stocks sont destinés à être vendus. En tout état de cause, si le constituant vend les biens grevés (notamment avec l'autorisation du créancier garanti, auquel cas la sûreté ne suit pas les biens grevés; voir A/CN.9/631, recommandation 86 alinéa a)), le produit de la vente est substitué aux biens (pour la définition du terme "produit", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Par conséquent, de nombreux États prévoient qu'une sûreté sur un bien corporel est automatiquement transférée au produit de sa disposition. D'autres États ne prévoient pas de tel transfert, ou exigent que la sûreté indique expressément sur quels produits elle portera. Le présent Guide recommande que les créanciers garantis aient le droit d'exercer leur sûreté sur le produit des biens grevés et sur le produit d'un produit (voir A/CN.9/631, recommandations 40 et 41). De plus, à la différence de beaucoup d'États, qui limitent le concept de produit aux biens venant remplacer le bien grevé, le présent Guide considère comme produit tout ce que rapporte le bien, y compris les fruits et les revenus qu'il génère et le croît des animaux et l'accroissement naturel des végétaux.

92. En général, les États n'adoptent pas de règles distinctes pour la réalisation des sûretés sur le produit; mais suivent les règles applicables à la réalisation des sûretés sur le type particulier de biens dont ils sont issus (par exemple un bien meuble corporel, une créance, un instrument négociable, le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, etc.). Il y aurait une grande confusion si des créanciers garantis pouvaient réaliser leurs sûretés sur le produit conformément aux règles régissant la réalisation des sûretés sur les biens initialement grevés alors que d'autres créanciers souhaitant réaliser leurs sûretés sur le même produit en tant que bien initialement grevé devraient suivre les règles applicables spécifiquement à ce type de bien. Le présent Guide recommande implicitement que les règles générales relatives à la réalisation s'appliquent également au produit, à moins que ce produit ne soit une créance ou un autre bien particulier comme ceux qui sont mentionnés dans les paragraphes précédents. En pareil cas, les recommandations relatives à ces biens s'appliqueraient (voir plus haut).

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager d'ajouter une recommandation relative à la réalisation sur des sûretés sur le produit indiquant expressément que lorsque le produit est celui d'une catégorie

de biens particulière (créances, par exemple), la réalisation devrait suivre les règles applicables à cette catégorie de biens.]

9. Réalisation d'une sûreté sur un bien rattaché à un bien meuble, une masse ou un produit fini

93. De nombreux types de biens meubles corporels sur lesquels une sûreté a été constituée sont destinés à être rattachés à d'autres biens corporels, à être transformés en un produit fini, ou à être mélangés à d'autres biens corporels. Beaucoup d'États, en pareil cas, soumettent les sûretés à des règles qui déterminent si la propriété du bien rattaché, du produit fini ou des biens mélangés a été transférée à un tiers. Le présent Guide recommande que les sûretés qui sont opposables en général s'étendent aux biens qui sont devenus rattachés à d'autres biens, transformés pour obtenir des produits finis ou mélangés à d'autres biens (voir A/CN.9/631, recommandations 35 alinéa b) et 40 à 45). Normalement, lorsque les États permettent que l'opposabilité se maintienne sur des biens corporels rattachés à d'autres biens, transformés en produits finis ou mélangés à d'autres biens, ils appliquent également les règles générales à la réalisation contre ce type de biens (par exemple, moteurs de voiture, produits finis en fibre de verre, stocks mélangés de vêtements, céréales en silo, pétrole en citerne). Le raisonnement est que l'adoption d'un régime de réalisation différent de celui qui s'applique de manière générale créerait une confusion inutile. Le Guide adopte implicitement une règle analogue pour la réalisation des sûretés opposables sur des biens rattachés.

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager d'ajouter une recommandation relative à la réalisation des sûretés sur les biens rattachés.]

94. Dans le cas de biens rattachés, transformés ou mélangés, plusieurs créanciers garantis ont des droits sur ces biens. S'il est facile d'isoler le bien grevé, le créancier garanti disposant d'une sûreté réalisable sur une partie seulement du bien devrait pouvoir isoler la partie sur laquelle porte sa sûreté et en disposer d'une manière commercialement raisonnable. S'il n'est pas facile d'isoler le bien grevé, il faudra peut-être vendre l'ensemble des biens, et les droits des créanciers garantis concurrents qui peuvent également avoir des droits sur les biens auxquels le bien grevé est rattaché seront déterminés par les recommandations relatives à la priorité (voir A/CN.9/631, recommandation 95). De même, s'il n'est pas possible d'isoler facilement une certaine fraction des biens mélangés pour la vendre séparément, il faudra peut-être vendre l'ensemble de la masse ou du produit fini, et les droits des créanciers garantis concurrents qui peuvent avoir des droits sur d'autres parties des biens mélangés seront déterminés par les recommandations relatives à la priorité (voir A/CN.9/631, recommandations 96 à 98).

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager d'ajouter une recommandation relative à la manière dont les sûretés sur des biens rattachés ou mélangés doivent être réalisées selon la possibilité d'isoler les biens grevés.]

10. Articulation entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des sûretés immobilières

95. Il est fréquent que l'appartenance des biens corporels à la catégorie des meubles ou des immeubles change au cours du temps, et que des biens meubles deviennent des biens immeubles. Par exemple, des matériaux de construction peuvent être totalement incorporés à un bâtiment; des arbres et arbustes, du fumier et des graines peuvent être plantés ou incorporés dans le sol, devenant ainsi des biens immeubles. Parfois, les biens meubles peuvent être des biens rattachés et n'être pas totalement incorporés aux biens immeubles (par exemple un ascenseur, un four, un comptoir ou une vitrine rattachés). Dans tous ces cas, il est possible qu'une sûreté sur les biens meubles ait été rendue opposable avant le rattachement ou l'incorporation au bien immeuble. La situation inverse peut également se produire: un créancier peut vouloir prendre une sûreté sur un bien alors qu'il est immeuble, mais est destiné à devenir un bien meuble (par exemple des récoltes, le produit de mines ou de carrières, des hydrocarbures).

96. Les États ont adopté de nombreuses règles correspondant à ces diverses hypothèses. Une préoccupation importante est d'établir les droits des créanciers souhaitant réaliser leurs sûretés sur des biens meubles lorsque les régimes de réalisation sur des biens meubles et immeubles peuvent se croiser. Le plus souvent, ces régimes dépendent de la catégorie dont relèvent les biens. Ainsi par exemple, de nombreux États permettent, en vertu des lois relatives aux opérations garanties (applicables aux biens meubles), la constitution d'une sûreté sur des biens meubles qui, alors qu'ils font partie de biens immeubles, sont destinés à devenir meubles, mais suspendent l'effet de la sûreté jusqu'au détachement des biens: la sûreté ne peut être réalisée jusqu'à ce que les biens grevés deviennent meubles, et il ne peut être procédé à la réalisation d'aucun droit réel immobilier sur des biens devenus meubles. Bien que le présent Guide ne formule aucune recommandation expresse à cet égard, du fait que le régime de réalisation présuppose l'existence distincte de biens meubles corporels, c'est implicitement le résultat obtenu.

97. Des questions plus délicates se posent, en matière de réalisation, lorsque des biens meubles corporels sont rattachés ou incorporés à des biens immeubles. De nombreux États font une distinction entre les matériaux de construction, les autres biens meubles qui perdent leur identité une fois incorporés à des biens immeubles (par exemple les engrais, les graines), et les biens rattachés qui conservent leur identité de biens meubles. Dans certains États, les sûretés sur des biens meubles perdant leur identité ne peuvent être préservées que si elles sont rendues opposables par inscription au registre immobilier, mais les sûretés sur des biens rattachés rendues opposables avant le rattachement restent opposables sans qu'il soit nécessaire de les réinscrire. Dans ces États, la réalisation des sûretés sur le premier type de biens est toujours régie par les règles relatives à la réalisation sur des biens immeubles. Lorsque le bien meuble devient un bien rattaché, ces États adoptent généralement des règles spéciales pour protéger non seulement les droits du créancier garanti, mais aussi ceux des créanciers qui ont des droits sur le bien immeuble.

98. Les recommandations du présent Guide suivent le schéma général adopté par de nombreux États pour résoudre les conflits entre créanciers ayant des droits concurrents sur les biens rattachés. Lorsque les biens meubles corporels perdent leur identité par incorporation à un bien immeuble, toute sûreté mobilière sur ces biens

est éteinte. En revanche, lorsque le bien meuble devient un bien rattaché, la sûreté est maintenue et reste automatiquement opposable. Le créancier garanti peut également assurer l'opposabilité aux tiers en inscrivant la sûreté au registre immobilier (voir A/CN.9/631, recommandations 35, 42 et 43). Les droits de réalisation du créancier garanti sur le bien rattaché et leur articulation avec ceux des créanciers garantis qui peuvent avoir des sûretés sur le bien immeuble dépendent ensuite du rang de priorité des droits concurrents (voir A/CN.9/631, recommandations 93 et 94). Si le créancier garanti dont les droits portent sur le bien rattaché est prioritaire, il peut détacher le bien et réaliser sa sûreté en tant que sûreté mobilière, sous réserve de son droit ou de celui d'une autre partie intéressée payant le prix du bien rattaché. Si toutefois le détachement d'un bien rattaché à un bien immeuble (par exemple un ascenseur rattaché à un bâtiment) endommage l'immeuble (et ce, non pas par la simple diminution de la valeur de l'immeuble), le créancier garanti procédant à la réalisation doit indemniser les personnes ayant des droits sur le bien immeuble. Si un autre créancier ayant une sûreté sur le bien immeuble a priorité, le créancier garanti peut exercer ses droits uniquement dans le cadre du régime régissant les sûretés sur des biens immeubles, à condition d'avoir assuré l'opposabilité par inscription sur le registre immobilier (voir A/CN.9/631, recommandations 161 alinéa a) et 172).

99. La réalisation de sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles devient plus complexe encore lorsque le créancier garanti a pris un droit réel sur un bien immeuble et une sûreté sur un bien meuble devenu un bien rattaché audit bien immeuble. En pareil cas, la plupart des États permettent au créancier de réaliser la sûreté de plusieurs façons: il peut réaliser la sûreté sur le bien rattaché et le droit réel sur le reste de l'immeuble, ou encore réaliser le droit réel sur l'ensemble de l'immeuble, y compris le bien rattaché. Dans le premier cas, ses droits devront être prioritaires par rapport à tous les autres droits sur le bien immeuble (voir A/CN.9/631, recommandation 172). Dans le deuxième cas, ils seront déterminés par le régime de priorité régissant les biens immeubles (voir A/CN.9/631, recommandation 161 alinéa b)).

C. Recommandations

[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, le document A/CN.9/631 présentant l'ensemble des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, celles-ci ne sont pas reproduites ici. Une fois adoptées dans leur version définitive, elles figureront à la fin de chaque chapitre.]