



# Assemblée générale

Distr.: Générale  
31 octobre 2007

Français  
Original: Anglais

---

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

## Sûretés

### Projet de guide législatif sur les opérations garanties

#### Note du secrétariat\*

##### Additif

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
X. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière .....	1-102	3
A. Remarques générales .....	1-82	3
1. Introduction .....	1-9	3
2. Principes généraux de réalisation .....	10-35	5
a) Généralités .....	10	5
b) Nécessité d'une défaillance avant la réalisation .....	11-14	5
c) Bonne foi et caractère commercialement raisonnable .....	15	6
d) Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation .....	16-17	7
e) Supervision judiciaire de la réalisation .....	18-20	8
f) Etendue des droits après défaillance du constituant .....	21-26	9
g) Etendue des droits après défaillance du créancier garanti .....	27-28	10
h) Réalisation judiciaire et extrajudiciaire .....	29-32	11

---

\* La présente note est soumise 4 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.



i)	Cumul des droits après défaillance .....	33-34	13
j)	Droit du créancier garanti prioritaire de prendre le contrôle de la réalisation .....	35	14
3.	Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant .....	36-45	14
a)	Généralités .....	36	14
b)	Avis d'intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire .....	37-41	14
c)	Forme et teneur de l'avis .....	42-44	16
d)	Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés .....	45	17
4.	Exercice extrajudiciaire des droits du créancier garanti .....	46-67	18
a)	Généralités .....	46-47	18
b)	Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant .....	48-53	18
c)	Vente ou autre mode de disposition des biens grevés .....	54-56	20
d)	Allocation du produit de la disposition .....	57-59	22
e)	Acquisition des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie ..	60-64	22
f)	Gestion et vente d'une entreprise .....	65-67	24
5.	Effets de la réalisation .....	68-72	25
a)	Le constituant, le créancier garanti et les tiers .....	68-69	25
b)	Autres parties .....	70-71	26
c)	Caractère définitif .....	72	27
6.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un produit .....	73-74	27
7.	Articulation entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des sûretés immobilières .....	75-79	28
8.	Réalisation d'une sûreté sur un bien attaché à un bien meuble, une masse ou un produit fini .....	80-82	30
B.	Remarques sur des biens particuliers .....	83-102	30
1.	Généralités .....	83	30
2.	Réalisation d'une sûreté sur une créance .....	84-88	31
3.	Réalisation en cas de transfert pur et simple d'une créance .....	89-91	32
4.	Réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable .....	92-94	33
5.	Réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire .....	95-98	33
6.	Réalisation d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant .....	99-100	35
7.	Réalisation d'une sûreté sur un document négociable .....	101-102	35
C.	Recommandations .....		36

## **X. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière**

### **A. Remarques générales**

#### **1. Introduction**

1. Les parties à un 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 d'exécution qui établissent un équilibre entre les droits des débiteurs, des créanciers et des tiers. Dans la plupart des États, le créancier qui cherche à obtenir une exécution forcée, est tenu, en vertu de ces régimes, d'intenter une action en justice pour faire reconnaître son droit, puis de faire saisir les biens du débiteur et de les faire vendre sous la supervision d'un agent public. Sur le montant de la vente, le créancier judiciaire recevra paiement de la créance dont lui est redevable le 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 garanti remplisse les obligations qu'il a contractées. L'un comme l'autre 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 tente de rattraper ces paiements et continue volontairement de s'acquitter de l'obligation promise. Une procédure d'exécution forcée est toujours 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; d) elle aboutit généralement à une rupture totale de la relation entre les parties; et e) 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 des mesures pour éviter tout manquement qui pourrait conduire à une exécution 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 ou de surmonter ces difficultés. Dans certains cas, le constituant peut demander l'assistance du créancier garanti pour élaborer un nouveau plan d'affaires. Dans d'autres, le constituant et un créancier individuel, ou le constituant et tout son groupe de créanciers peuvent tenter ensemble de modifier de manière informelle 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 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 l'exécution forcée, ils n'y parviennent pas toujours. L'une des questions clefs pour les États qui adoptent des régimes d'opérations garanties, est, par conséquent, de décider de l'étendue 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 aux voies d'exécution lorsqu'ils élaborent des règles pour la réalisation des sûretés réelles mobilières quand 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 qui permettent aux créanciers de prévoir exactement ce qu'il leur en coûtera en temps et en argent de disposer des 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 du constituant, des autres personnes ayant un droit sur les biens grevés et des autres créanciers du constituant, ce régime devrait aussi prévoir des garanties suffisantes pour protéger ces droits.

7. La maximisation du montant retiré de la vente des biens grevés profite à toutes les parties intéressées: au créancier garanti, tout d'abord, du fait de la réduction éventuelle du montant pouvant être dû par le constituant en tant qu'obligation non garantie après affectation du produit de la réalisation au paiement du solde de l'obligation garantie ("dette résiduelle"); au constituant et à ses autres créanciers, ensuite, du fait que la dette résiduelle est moindre ou que le montant restant après le paiement de l'obligation garantie est plus important ("excédent").

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. Si ce dernier est insolvable, la loi sur l'insolvabilité peut limiter

l'exercice de ce droit (voir le chapitre XIV, relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière). 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 du constituant après défaillance. Les différentes voies de droit dont disposent généralement les créanciers garantis sont examinées 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. La réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est étudiée à la section A.6 et la manière dont s'articulent les régimes de réalisation relatifs aux biens meubles et aux biens immeubles à la section A.7. Enfin, les types de modifications qui pourraient être nécessaires pour une réalisation efficace des sûretés sur des biens attachés à des biens meubles et des sûretés grevant une masse ou un produit fini sont examinés à la section A.8.

9. La réalisation de sûretés réelles mobilières sur des créances, des instruments négociables, des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, des droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et des documents négociables ne s'intègre pas facilement dans les procédures générales de réalisation contre des biens meubles corporels (pour les définitions de ces termes, voir Introduction, section B, Terminologie). Il en résulte que de nombreux États ont des règles particulières pour la réalisation des sûretés sur les biens meubles incorporels, les créances et divers autres droits à paiement. Ces situations particulières sont examinées dans les sections B.1 à B.7 du présent chapitre, qui 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 volontairement 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 n'ait pas connaissance de sa propre défaillance, et encore plus rare, pour autant que cela soit possible, qu'il en soit informé pour la première fois par le créancier garanti qui la lui signifierait de manière formelle. En fait, dans le dernier cas, la procédure de réalisation n'est généralement 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. Cependant, la réalisation forcée devient parfois nécessaire et les États s'inspirent alors d'un certain nombre de principes fondamentaux pour définir les droits et obligations après défaillance des créanciers garantis et des constituants.

### **b) Nécessité d'une défaillance avant la réalisation**

11. Une sûreté réelle mobilière garantit l'exécution par un constituant (ou, dans le cas d'un tiers constituant, l'exécution par le 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 emportant défaillance qui sont généralement énoncés dans la convention constitutive de sûreté. N'importe lequel de ces événements, à moins que le créancier garanti n'ait renoncé à l'invoquer,

suffit pour constituer une défaillance et permettre 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 quand la procédure de réalisation peut être engagée. Le droit général des obligations détermine aussi habituellement 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 saisit les biens grevés en vertu d'un jugement ou cherche à réaliser sa propre sûreté. Certains États prévoient que, sauf stipulation dans la convention constitutive de sûreté, la saisie, par un autre créancier, de biens grevés vaut manquement à toutes les conventions constitutives de sûretés qui portent sur les biens saisis. Ce principe répond à un souci d'efficacité. Dans la mesure où les biens grevés garantissent le paiement dû au créancier, dès lors 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 à ce créancier le droit d'obtenir la disposition forcée des biens grevés. Le créancier garanti s'appuiera sur ces mêmes règles de procédure pour intervenir dans de telles actions judiciaires et procédures d'exécution 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, prendre le contrôle du processus de réalisation d'un créancier garanti de rang inférieur. Cette règle découle du fait que les deux créanciers garantis exercent les mêmes prérogatives au titre du même régime de sûreté, de sorte que leurs droits de réalisation devraient être déterminés par leurs rangs de priorité respectifs. D'autres États protègent les droits des créanciers de rang supérieur en prévoyant qu'aucune vente effectuée par un créancier de rang inférieur en réalisation de sa sûreté ne peut porter atteinte à leurs droits.

14. Dans certains États, une fois qu'a débuté l'exécution d'un jugement, le créancier garanti ne peut plus intervenir pour exercer ses droits découlant de la convention constitutive de sûreté. C'est l'approche généralement suivie dans les États où une vente judiciaire éteint tous les droits, y compris les sûretés réelles mobilières, sur les biens vendus. Le raisonnement est que la vente judiciaire permettant à l'acheteur d'acquérir les biens libres de tous droits, elle produira la valeur de réalisation la plus élevée. 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 s'interposer et réaliser ses sûretés par tout moyen à sa disposition. C'est généralement le cas dans les États où une saisie-vente judiciaire ordinaire n'emporte pas extinction des sûretés. L'hypothèse est que, du fait que les sûretés ne seront pas éteintes, les chances d'obtenir un prix de disposition plus élevé seront plus nombreuses lorsque le processus de réalisation permet à l'acheteur d'acquérir les biens libres de la plupart des droits (voir les paragraphes 70 et 72 ci-après).

**c) Bonne foi et caractère commercialement raisonnable**

15. La réalisation d'une sûreté a des conséquences graves pour les constituants, les débiteurs et les tiers intéressés (par exemple un créancier garanti de rang inférieur, un garant, ou encore un copropriétaire du bien grevé). Pour cette raison, certains États imposent spécifiquement aux créanciers garantis, lorsqu'ils exercent leurs

droits, l'obligation générale et absolue d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable. 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 les recommandations 128 et 129). En outre, comme indiqué, un créancier garanti qui manque aux obligations qui lui incombent en matière de réalisation est tenu de verser des dommages-intérêts aux personnes lésées du fait de ce manquement (voir la recommandation 133). Ainsi, s'il 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 doit indemniser toute personne lésée par cette différence.

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

16. Les États imposent généralement très peu d'obligations avant défaillance aux parties à une convention constitutive de sûreté (voir le chapitre VIII sur les droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté). 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 soit à déroger au cadre légal régissant la réalisation des sûretés, soit à modifier 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, ni 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 d'écarter une obligation en matière de réalisation peut faire l'objet d'abus lors de la conclusion de la convention constitutive de sûreté), ces États les autorisent à modifier leurs droits découlant de la convention constitutive de sûreté ou à y renoncer après une défaillance.

17. Les États qui autorisent les parties à renoncer par convention à leurs droits légaux ou contractuels après défaillance imposent néanmoins un certain nombre de restrictions à cette faculté. Par exemple, ils ne permettent généralement pas que l'obligation du créancier d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable fasse l'objet d'une renonciation (voir la 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 d'organiser à l'amiable 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 la recommandation 130). Souvent aussi, ces mêmes États autorisent un créancier garanti à renoncer à tout moment à ses droits envers le constituant (soit avant, soit après la défaillance) en partant du principe qu'il y a peu de risques que ce dernier impose des conditions abusives au moment de l'octroi du crédit (voir la

recommandation 131). En tout état de cause, la modification des droits des parties à la convention constitutive de sûreté est sans incidence sur les droits des tiers, et la charge de la preuve pèse sur celui qui conteste la convention (voir la recommandation 132).

**e) Supervision judiciaire de la réalisation**

18. En règle générale, lorsqu'un constituant est défaillant et que les tentatives d'aménagement des obligations ont échoué, il est probable qu'une réalisation forcée de la sûreté sur les biens grevés s'ensuive. 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 généralement 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.

19. 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 s'assurer du respect des procédures impératives après défaillance (voir la recommandation 134). 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 la recommandation 135). Par exemple, on peut n'accorder aux constituants et aux autres parties intéressées qu'un délai limité pour présenter des contestations ou opposer une exception. D'autres États permettent aux constituants de s'opposer au 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 l'obligation 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 à celui effectivement dû.

20. En outre, du fait que toutes ces contestations retardent la réalisation et en majorent 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 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 compensatoires si le constituant manque à l'une quelconque de ses obligations après défaillance (voir la recommandation 133; la même règle s'applique au créancier garanti).

**f) Etendue des droits après défaillance du constituant***i) Généralités*

21. Comme on l'a vu plus haut, le constituant peut engager une action en justice si le créancier garanti ne respecte pas les dispositions de la convention constitutive de sûreté et de la loi lorsqu'il entreprend d'exercer ses droits après défaillance (voir les paragraphes 18 à 20). Il peut aussi payer la totalité de l'obligation garantie et obtenir la libération des biens grevés (voir les paragraphes 22 à 26 ci-après). Il peut également proposer au créancier garanti de prendre les biens grevés à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie (ou faire objection à une telle proposition émanant du créancier garanti; voir les paragraphes 60 à 64), ou encore exercer toute autre voie de droit prévue par la convention constitutive de sûreté ou la loi (voir la recommandation 136). Enfin, il peut s'opposer à la prise de possession ou à la disposition extrajudiciaires par le créancier garanti des biens grevés (voir les recommandations 139, 144 et 145, ainsi que les paragraphes 29 à 32 et 48 à 56 ci-après).

*ii) Extinction de la sûreté après complet paiement de l'obligation garantie*

22. 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 alléguée. 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 le droit d'obtenir la libération des biens grevés à condition de rembourser intégralement l'obligation garantie.

23. Le paiement complet de l'obligation garantie (et la fin de tout engagement de crédit) éteint la sûreté et met fin à l'opération garantie. L'objectif de la procédure de réalisation étant 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 exposés 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 soumis à la sûreté réelle mobilière) d'exercer le droit de remboursement si le constituant ne le fait pas.

24. 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 exposés intervient avant que les droits de tiers ne soient affectés, il n'y a aucune raison d'insister sur la disposition du bien grevé. En d'autres termes, quiconque exerce le droit peut le faire jusqu'à ce que: a) le créancier garanti dispose des biens grevés ou finisse de recouvrer le paiement après la disposition des biens grevés; b) il conclue une convention en vue de la disposition des biens grevés; ou c) il acquière 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 Guide recommande que le remboursement emportant libération des biens grevés soit autorisé jusqu'à ce que les tiers acquièrent des droits, qu'un accord aux fins de la disposition des biens ait été conclu, ou que le créancier garanti ait acquis le bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir la recommandation 137).

25. Un autre droit accordé aux constituants après défaillance dans certains États est la régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie par paiement des arriérés. Cette régularisation est très différente de l'extinction de la sûreté, et elle est généralement plus circonscrite. Elle consiste à remédier à la défaillance en question (par exemple payer les arriérés dans le cas de versements échelonnés, les intérêts courus et les frais de réalisation déjà supportés), mais n'a autrement aucun effet sur l'obligation continue d'exécution du constituant, ni sur la sûreté. 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.

26. Les États abordent de façon très différente le droit à la régularisation. Certains ne prévoient pas de tel droit dans la loi, mais autorisent les parties à le stipuler dans la convention constitutive de sûreté. D'autres, en revanche, prévoient que le constituant ne peut pas renoncer à ce droit, et qu'il est le seul à pouvoir l'exercer. 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 qui permettent la régularisation limitent souvent le nombre de fois où l'exécution d'une obligation garantie peut être rétablie après défaillance. Le Guide ne formule pas de recommandation particulière en ce qui concerne la régularisation. La principale raison à cela est que l'on considère qu'il appartient plutôt aux États de décider d'autoriser ou non, dans leur droit général des obligations, les clauses de déchéance du terme dans les conventions constitutives de sûreté (qui anéantiraient le droit à la régularisation).

**g) Etendue des droits après défaillance du créancier garanti**

27. Un créancier chirographaire qui obtient un jugement peut le faire exécuter contre tous les biens du débiteur que le droit procédural permet de saisir, à savoir généralement l'ensemble des biens du débiteur quelle que soit leur nature. 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 sur les 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.

28. Contrairement à l'exécution ordinaire des jugements, la réalisation des sûretés réelles mobilières fait l'objet d'une importante limitation supplémentaire. Un créancier garanti ne peut procéder à la réalisation que contre les biens effectivement grevés par sa sûreté et non contre l'ensemble des biens du constituant (le créancier garanti peut exercer toute voie de droit qui s'offre à un créancier chirographaire pour recouvrer auprès du constituant la différence entre le montant de l'obligation

garantie et le produit de la réalisation si celui-ci est insuffisant). Dans le cadre de cette contrainte supplémentaire, des principes analogues à ceux qui régissent l'exécution en général s'appliquent à la réalisation d'une sûreté. Le créancier garanti ne peut réaliser sa sûreté que contre les droits réels particuliers que le constituant détient effectivement 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 par exemple un constituant détient des biens dans le cadre d'une licence de marque, la sûreté ne portera que sur ses droits en tant que titulaire de la licence, sous réserve des clauses opposables de ladite licence, et ne conférera au créancier garanti aucun droit général d'utiliser la marque ou d'en disposer.

#### **h) Réalisation judiciaire et extrajudiciaire**

29. En vertu d'un principe général du droit régissant les relations entre débiteur et créancier, la plupart des États exigent que l'exécution se fasse par voie judiciaire. 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 le faire exécuter. 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 moins de chances de dégager le montant le plus élevé 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.

30. Pour faciliter les opérations garanties, certains États exigent seulement une intervention préalable minimale des agents ou autorités publics dans le processus de réalisation. Par exemple, le créancier garanti peut être tenu de demander à un tribunal qu'il ordonne la prise de 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 le contrôle 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 la sûreté sur ces biens. En outre, le fait de savoir que le tribunal peut facilement intervenir suffit souvent pour inciter les parties à se montrer coopératives et raisonnables et leur éviter ainsi d'avoir à le saisir. Enfin, à la différence du créancier judiciaire ordinaire, la plupart des créanciers garantis sont des fournisseurs de crédit. Leur souci de préserver leur réputation les conduira donc à faire preuve de mesure au moment de la réalisation.

31. Dans certains États, le créancier garanti n'est pas tenu de saisir les tribunaux ou d'autres autorités publiques pour réaliser sa sûreté et a le droit de ne recourir

qu'à des procédures extrajudiciaires. Ces États imposent généralement, en pareils cas, un certain nombre de règles impératives concernant, par exemple, l'obligation d'envoyer un avis de défaillance ou 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 de manière extrajudiciaire si un tel acte 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 Guide recommande que les créanciers puissent opter pour une procédure judiciaire ou extrajudiciaire pour réaliser leurs sûretés (voir la recommandation 139). 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 exceptions légitimes du constituant et d'autres parties ayant des droits sur les biens grevés (voir la recommandation 134).

32. 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 d'une sûreté après défaillance ne devrait pas empêcher un créancier garanti de tenter de demander l'exécution de l'obligation garantie selon la procédure judiciaire ordinaire (voir la recommandation 141). 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. Il peut aussi 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. Il peut encore craindre un trouble de l'ordre public au moment de la réalisation. 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 des règles disposant que les parties doivent être entendues, que les contestations doivent être réglées dans un délai très court (72 heures par exemple), et qu'une décision doit être rendue aussi rapidement que possible. Certains États autorisent même un créancier garanti qui a obtenu un jugement par une procédure ordinaire à saisir les biens grevés et à en disposer sans suivre la procédure de saisie et de vente officielle. Enfin, la plupart des États prévoient que ces voies de droit sont cumulatives. Un créancier garanti qui choisit une voie extrajudiciaire particulière peut changer d'avis et choisir ensuite une autre 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 la recommandation 140 et les paragraphes 33 et 34 ci-après).

**i) Cumul des droits après défaillance**

33. 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'acquisition des biens par le 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'acquisition 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 la recommandation 140).

34. 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 (judiciaires ou extrajudiciaires) portant sur les biens grevés et celles portant sur les obligations garanties. Ils partent du principe que les 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 de manière extrajudiciaire soit d'ester en justice pour faire exécuter l'obligation garantie. D'autres États autorisent le créancier garanti à cumuler les voies de droit extrajudiciaires et le droit de faire 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 la réalisation et en augmente le coût, car cela exige que le créancier détermine si le produit de la réalisation risque d'être insuffisant. S'il arrive à cette conclusion, il sera contraint d'ester en justice pour faire exécuter l'obligation, et de faire valoir sa priorité uniquement au moment d'une vente judiciaire à des fins de réalisation. Ce processus est moins rapide, plus coûteux, et produira normalement une valeur moindre au moment de la vente. Afin de maximiser la valeur de la réalisation, le Guide recommande que les créanciers garantis soient autorisés à cumuler les procédures pour réaliser la sûreté par des voies extrajudiciaires et pour faire exécuter l'obligation garantie par voie judiciaire, sous réserve toujours que le créancier garanti ne puisse pas réclamer davantage que son dû (voir la recommandation 141).

**j) Droit du créancier garanti prioritaire de prendre le contrôle de la réalisation**

35. 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 d'exécution d'un jugement ou simplement de la réalisation d'une sûreté). Les États accordent généralement ce droit aux créanciers garantis procédant à la réalisation suivant la loi 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 avoir aussi intenté une action en exécution 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 frais d'exécution que celui-ci a engagés jusque là. Afin de maximiser l'efficacité de la réalisation des sûretés, le 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 la recommandation 142).

**3. Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant****a) Généralités**

36. Les États ont élaboré 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. Généralement, un créancier garanti peut: a) obtenir un jugement par la voie ordinaire et demander à un agent public de saisir les biens grevés et de les vendre aux enchères; b) engager une procédure judiciaire accélérée pour faire reconnaître la défaillance du débiteur et demander immédiatement à un agent public de saisir et vendre les biens grevés; ou c) 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 de gré à gré, en affectant le produit de la vente au remboursement de l'obligation non réglée; b) acquiert le bien grevé en paiement de l'obligation garantie; ou c) reprend l'entreprise du débiteur et la gère pour payer l'obligation garantie.

**b) Avis d'intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire**

37. Lorsqu'un créancier garanti choisit de faire exécuter la convention constitutive de sûreté en engageant une action ordinaire contre le constituant auprès des tribunaux 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'entendre les parties 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.

38. La nécessité reconnue d'adresser un avis de réalisation extrajudiciaire place les États devant un choix fondamental. Dans certains, un créancier garanti doit envoyer un préavis de son intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire avant même de chercher à obtenir la possession des biens grevés. Cela signifie qu'il doit adresser au constituant (et aussi, généralement, aux tiers ayant des droits sur les biens grevés) un avis écrit spécifiant la défaillance, les biens grevés, son intention de demander la possession des biens, le délai dans lequel le constituant doit, soit remédier à la défaillance, soit remettre 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 où doit être envoyé l'avis est différé, et sa teneur matérielle est souvent moins détaillée. Par exemple, le créancier garanti n'est pas tenu de communiquer un préavis de son intention de prendre possession des biens grevés, mais il est en droit d'en prendre immédiatement possession au moment où il avise formellement le constituant de la défaillance. Une fois en possession des biens grevés, toutefois, il ne peut généralement pas en disposer sans aviser 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.

39. Ces deux approches comportent des avantages et des inconvénients. Le principal avantage d'un régime exigeant un préavis de l'intention du créancier garanti de procéder à la réalisation 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 forcément 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. Le fait d'aviser les 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 d'en prendre le contrôle. Les inconvénients de ce type d'avis comprennent son coût, le fait que le créancier garanti doit peut-être choisir une voie de droit avant d'avoir inspecté de près les biens grevés, 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 le processus de disposition. De plus, si les exigences de forme et de fond relatives aux avis 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.

40. L'avantage d'un régime n'exigeant qu'un avis de la disposition extrajudiciaire des biens grevés est qu'il donne au créancier garanti le droit 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).

41. Indépendamment de l'approche suivie, les États doivent aussi décider quels autres avis peuvent être requis lorsqu'un créancier garanti cherche à réaliser sa sûreté par des voies extrajudiciaires. De nombreux États qui exigent un préavis de l'intention de disposer des biens grevés n'exigent pas en revanche un avis distinct de défaillance ni un avis ultérieur de la réalisation extrajudiciaire. L'idée est qu'un avis unique suffit pour remplir toutes les fonctions. D'autres États, qui permettent que l'avis précisant le mode de réalisation extrajudiciaire suivi soit adressé 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 l'avis d'intention de procéder à une réalisation adressée préalablement à la prise de possession et ceux de l'avis de réalisation extrajudiciaire adressé postérieurement à la prise de possession se recoupent largement, les États qui exigent le premier n'exigent jamais le second. Afin de tenir compte des intérêts de toutes les parties, le 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 la recommandation 144).

**c) Forme et teneur de l'avis**

42. Tout comme dans les autres situations où un avis peut être nécessaire, les États spécifient généralement avec grand soin la façon dont l'avis doit être donné, les personnes à qui il doit l'être, le moment où il doit être donné et son contenu minimal. De nombreux États distinguent entre avis au débiteur, avis au constituant lorsque celui-ci n'est pas le débiteur, avis aux autres créanciers et avis aux autorités publiques ou au public en général. Une analyse coût-avantages permettra de déterminer si le créancier garanti devrait être tenu d'adresser un préavis écrit 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 l'avis doit uniquement être adressé au constituant et aux autres créanciers garantis ayant inscrit leurs droits, mais que dans ce cas il soit enregistré et qu'ensuite, le conservateur du registre soit tenu de le transmettre à tous les tiers autres que des créanciers garantis qui ont inscrit leurs droits sur les biens grevés. D'autres États n'imposent au créancier garanti que d'aviser le constituant et d'inscrire l'avis. Ces États imposent au conservateur du registre de communiquer l'avis aux autres parties.

43. Les États ont également des approches différentes en ce qui concerne le contenu minimal de l'avis. Comme pour la décision relative au 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. Par exemple, les États exigent habituellement que l'avis 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 prévoient qu'il n'est pas nécessaire que les avis aux autres parties intéressées soient aussi complets ou précis que l'avis au débiteur et au constituant. Là encore, lorsque l'avis doit être adressé avant la prise de possession, les États exigent souvent des créanciers garantis qu'ils fournissent davantage d'informations. En revanche, lorsque l'avis est donné après la prise de possession, le créancier garanti est souvent tenu simplement 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.

44. Plusieurs approches permettent de trouver le bon équilibre entre, d'une part, la nécessité de faire en sorte que l'avis apporte suffisamment d'informations aux parties intéressées pour leur permettre de décider en connaissance de cause comment protéger au mieux leurs droits et, d'autre part, la nécessité d'une réalisation rapide et peu coûteuse. Certains États imposent une lourde charge aux créanciers garantis, tant pour ce qui est du moment où doit être adressé l'avis que de son contenu. D'autres n'imposent que des prescriptions minimales. Le Guide recommande que l'avis soit donné avant l'obtention de la possession (voir la recommandation 144). Si le créancier garanti est déjà en possession des biens, l'avis n'est pas nécessaire. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, le créancier doit informer le constituant de la manière dont il a l'intention de réaliser sa sûreté sur les biens grevés. S'il envisage de recourir à une vente extrajudiciaire, l'avis sera communiqué, sauf urgence, avant la disposition des biens grevés (voir la recommandation 146). Même si la loi sur les opérations garanties doit prévoir l'envoi de l'avis de manière efficace, rapide et fiable (voir la recommandation 147), le Guide recommande que les États conservent une certaine marge de manœuvre pour déterminer le contenu de l'avis et la manière dont il doit être donné (voir la recommandation 147). De même, il recommande que, dans le cas où le créancier garanti décide d'acquérir le bien grevé à titre d'exécution totale ou partielle de la dette (voir la recommandation 153), l'avis laisse au constituant suffisamment de temps pour s'opposer à la proposition (voir la recommandation 154).

**d) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés**

45. 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 à titre d'exécution. 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: a) 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; et b) d'inciter le créancier garanti à rechercher le prix le plus élevé possible même lorsque celui-ci est supérieur au montant restant dû au titre de l'obligation garantie par le bien grevé.

#### **4. Exercice extrajudiciaire des droits du créancier garanti**

##### **a) Généralités**

46. Lorsqu'un créancier garanti choisit de faire exécuter la convention constitutive de sûreté par voie judiciaire, il lui faudra, après obtention d'un jugement, saisir et vendre les biens grevés. Dans certains États, les règles normales de procédure civile relatives au processus d'exécution 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 vendre aux enchères publiques. Dans d'autres États, même après avoir obtenu un jugement, le créancier garanti peut exercer son droit extrajudiciaire de prendre possession des biens grevés et en disposer de manière extrajudiciaire. Dans d'autres États encore, il doit, une fois le jugement obtenu, suivre une procédure judiciaire pour le faire exécuter, cette procédure étant toutefois simplifiée.

47. La procédure est légèrement différente lorsque le créancier garanti a pris les mesures nécessaires pour l'ouverture d'une procédure de réalisation et choisit de procéder à une réalisation extrajudiciaire. Comme aucun agent public n'intervient, le créancier garanti souhaitera normalement, et devra généralement, obtenir la possession ou le contrôle des biens grevés lui-même 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**

48. 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 a pris effet entre eux (voir la recommandation 15) soit plus tard, comme moyen de rendre la sûreté opposable (voir la recommandation 37) ou en réponse à une demande ultérieure du créancier avant la défaillance. Dans d'autres cas, les biens grevés peuvent être en la possession d'un tiers qui agit pour le créancier garanti ou sous ses ordres. 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 à présent les biens grevés en vue de réaliser sa sûreté. 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.

49. 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 le tiers qui les détient pour le compte du constituant que la sûreté est devenue réalisable. Les États qui autorisent 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, en attendant la réalisation extrajudiciaire, que 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 suite à 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 Guide selon laquelle le créancier garanti, après défaillance, a droit automatiquement à la possession (voir la recommandation 143).

50. Le droit du créancier garanti à la possession s'accompagne du droit de décider exactement comment les droits découlant de cette possession devraient être exercés. Parfois, les créanciers garantis prennent personnellement possession des biens grevés contre lesquels ils procèdent à la réalisation. Cependant, dans de nombreux cas, ils ne le font pas. 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 possession 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 précédemment de la convention constitutive de sûreté, les créanciers garantis peuvent simplement l'aviser du fait que la sûreté est devenue réalisable et que le constituant n'a plus le droit de conserver la possession des biens grevés, de les contrôler ou d'en disposer.

51. Les États considèrent généralement que la prise de possession des biens grevés par les créanciers garantis est une étape importante dans le processus 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 grevés d'obtenir celle-ci. Dans certains États, le créancier garanti ne peut prendre possession des biens que par une décision judiciaire, soit à la suite d'une procédure *ex parte*, soit plus souvent, à la suite d'une procédure *inter partes*. 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 l'aviser à l'avance (habituellement 10 ou 20 jours) de son intention de réclamer la possession et de réaliser la sûreté. Enfin, dans quelques États, le créancier est habilité à réclamer et à prendre possession des biens sans saisir de tribunal, et sans avoir à aviser préalablement le constituant de son intention, sous réserve que le constituant l'y ait autorisé dans la convention constitutive de sûreté (voir le paragraphe 38 ci-avant). 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 frauduleusement. 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 d'un préavis de 10 ou 20 jours adoptent aussi généralement cette approche et exigent une décision judiciaire s'il y a un risque de trouble à l'ordre public quand le créancier cherche à obtenir la possession après expiration du délai.

52. Comme indiqué plus haut (voir les paragraphes 39 à 41), dans les États où la prise de possession est subordonnée à un avis 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 parer à ces éventualités, 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 garantis soient ou non tenus de communiquer à l'avance un avis d'intention de procéder à la réalisation, de nombreux États autorisent le tribunal à ordonner la vente immédiate des biens périssables.

53. 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 dépréciation des biens, le 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 la recommandation 144). De plus, le Guide recommande que le créancier n'ait pas besoin d'aviser le constituant de son intention de prendre possession et de disposer des biens lorsque ceux-ci sont périssables ou risquent de perdre rapidement de leur valeur entre le moment où l'avis a été adressé et celui où le créancier peut effectivement entrer en leur possession (voir la recommandation 146). Cependant, pour que le créancier garanti puisse exercer cette possibilité, le constituant doit avoir autorisé la prise de possession extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté et ne pas s'y opposer au moment où le créancier cherche effectivement à obtenir la possession (voir la recommandation 144).

**c) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés**

54. 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,

certaines 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 de procéder à la réalisation même. D'autres encore autorisent le créancier garanti à contrôler 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 garanti un large pouvoir d'appréciation unilatéral quant au mode de disposition, 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.

55. Le plus souvent, les garanties procédurales par lesquelles les États contrôlent les actions des créanciers garantis concernent les renseignements à donner dans l'avis qui doit être adressé au constituant et aux tiers qui ont un droit sur les biens grevés. En principe, le type de renseignements requis devrait être identique que les États optent pour un avis préalable ou postérieur 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 appel d'offres, si les biens seront vendus séparément, 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 exceptions légitimes du constituant et d'autres personnes. C'est la raison pour laquelle même les États qui exigent généralement des avis détaillés 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 un autre mode de vente et en communiquant un avis à cet effet (voir la recommandation 146).

56. Du fait qu'une disposition extrajudiciaire de biens grevés a le même caractère définitif qu'une vente contrôlée par un tribunal, non seulement la plupart des États imposent des règles relativement détaillées quant au contenu de l'avis et au délai qui doit s'écouler avant que la vente puisse avoir lieu, mais ils 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 les recommandations 134 et 135). 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 Guide recommande de la souplesse pour les créanciers garantis, et seulement le strict minimum de renseignements nécessaires dans l'avis pour avertir les parties de la réalisation et de la nécessité de protéger leurs intérêts si elles le souhaitent (voir les recommandations 147 et 148).

**d) Allocation du produit de la disposition**

57. L'une des particularités importantes de la loi sur les opérations garanties est qu'elle bouleverse les règles normales de répartition du produit de la disposition entre créanciers judiciaires chirographaires. 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'un processus de réalisation commencé par un créancier judiciaire, le produit sera conservé par une autorité publique jusqu'à sa distribution aux parties qui y ont droit. Lorsque le régime prévoit une purge des droits, la méthode de répartition 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.

58. Lorsqu'un créancier garanti procède à la réalisation au moyen d'une vente extrajudiciaire, les États posent généralement dans leur loi sur les opérations garanties une série 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, les créanciers garantis de rang supérieur et les 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 la recommandation 149).

59. 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 somme restant due constitue une créance chirographaire. Que la vente ait généré un produit supérieur ou inférieur au montant de l'obligation garantie, 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 à titre d'exécution de l'obligation garantie. Cependant, à moins que l'on puisse démontrer que la première vente n'était pas commercialement raisonnable, les États considèrent généralement que le montant obtenu est la valeur finale reçue lors de la disposition des biens grevés.

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

60. 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 moyen, en cas de défaillance, que de saisir les biens grevés et de les vendre. Dans la plupart des États qui limitent ainsi les voies extrajudiciaires du créancier garanti, la limitation s'applique même lorsque le créancier est déjà en possession des biens grevés en vertu d'une convention constitutive de sûreté. 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 les biens grevés en paiement 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.

61. Dans de nombreux États, au contraire, le créancier garanti est en droit de proposer au constituant d'acquérir 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 la défaillance, et conformément aux procédures de réalisation particulières destinées 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.

62. Lorsque les États autorisent expressément le créancier à prendre 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 garanti 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.

63. 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'acquisition des biens par le créancier garanti, mais aussi que les tiers ayant des droits sur ces biens en soient avisés. 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 payé une part importante de l'obligation garantie et que la valeur des biens grevés dépasse largement le montant restant dû. Enfin, certains États exigent qu'un créancier garanti qui propose d'acquérir 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.

64. 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 de réalisation la plus élevée possible, le 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 les recommandations 153 et 156). De même, pour garantir que toutes les parties comprennent toutes les implications de la proposition, il recommande qu'un avis adéquat de l'intention du créancier garanti d'acquérir les biens en paiement soit donné au constituant et aux tiers, et qu'il indique non seulement les biens concernés, mais aussi le montant dû à la date d'envoi de l'avis, le montant de l'obligation dont l'exécution est proposée par la prise en paiement des biens, et un délai relativement court à l'expiration duquel la proposition sera réputée avoir été acceptée par le constituant et par les tiers (voir la recommandation 154). 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 informés de la proposition du créancier garanti, le constituant ou les tiers seront en mesure d'en évaluer le caractère raisonnable. C'est la raison pour laquelle le Guide recommande également que le constituant ou les tiers se voient accorder le droit de s'opposer à l'acquisition par le créancier garanti des biens grevés. S'ils le font dans les délais, le créancier garanti doit renoncer à cette voie de droit et en exercer une autre, le plus souvent une vente extrajudiciaire ou un autre mode de disposition (voir la recommandation 155).

**f) Gestion et vente d'une entreprise**

65. 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 spéciales pour l'avis de vente et réglementent de manière plus stricte les conditions de la vente d'une entreprise en vue de la poursuite de ses activités.

66. 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 l'avis de réalisation indique 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 autrement pourraient ne pas savoir qu'une liquidation est en cours. Certains États prescrivent

également des procédures spéciales pour nommer un gestionnaire, pour exploiter l'entreprise, pour avertir les fournisseurs des droits du créancier garanti, et pour expliquer aux clients que ce qui ressemble à une vente dans le cours normal des affaires s'inscrit en réalité dans un processus de réalisation.

67. Lorsque les stocks ont effectivement été liquidés, le créancier garanti passera en général à l'exercice d'une autre voie de droit. Dans de tels cas, la plupart des États exigent de lui qu'il avise 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) de son intention d'exercer une autre voie de droit (par exemple d'acquérir les biens à titre d'exécution ou, plus fréquemment, de les vendre). Une fois cet avis donné, les procédures ordinaires de réalisation régissant l'exercice de cette voie s'appliquent. Bien que de nombreux États permettent aujourd'hui aux créanciers de prendre le contrôle de la gestion d'une entreprise aux fins de liquider progressivement ses stocks et son matériel, le Guide ne formule pas de recommandation formelle sur ce point. Les États intéressés par cette possibilité devront peut-être en évaluer les avantages par rapport aux responsabilités associées à la gestion d'une entreprise par un créancier garanti et aux incidences qu'elle peut avoir sur les droits des autres créanciers, garantis ou chirographaires.

## **5. Effets de la réalisation**

### **a) Le constituant, le créancier garanti et les tiers**

68. 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 les droits des autres créanciers garantis de recevoir le produit de la vente des biens grevés. L'objectif premier d'une procédure de réalisation est 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 l'obligation. S'il y a un excédent, il 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 de produit insuffisant, 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 de la disposition est normalement réparti en pareil cas ont déjà été examinés (voir les paragraphes 57 à 59 ci-avant).

69. Cependant, comme on l'a vu, il arrive que le créancier garanti acquière le bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie. Tous les États n'adoptent pas des règles identiques pour régir les effets de ce cas particulier. Ils 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 acquiert le bien à titre d'exécution de l'obligation n'a aucun recours contre le constituant si sa valeur est inférieure au montant de l'obligation. L'acquisition vaut paiement complet et éteint donc l'obligation garantie. D'autres États, en revanche, permettent aux créanciers qui ont pris des biens grevés en paiement de se retourner

contre leur constituant si leur valeur est insuffisante par rapport à l'obligation garantie. En pareil cas, il devient nécessaire d'établir la valeur des biens pris en paiement, afin de pouvoir calculer le montant de la différence. Certains États exigent du créancier garanti qu'il fournisse une estimation indépendante de la valeur des biens pris en paiement; 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 le paragraphe 64 ci-avant), le Guide recommande que les créanciers garantis puissent prendre le bien à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie, à condition d'indiquer la valeur qu'ils lui attribuent dans l'avis envoyé au constituant et aux tiers (voir la recommandation 154).

**b) Autres parties**

70. 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) éteint toutes les sûretés attachées aux biens grevés. 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 tout droit, et l'on peut penser qu'ils seront prêts à payer plus cher à cet effet. Dans d'autres États, la vente par un créancier (qu'il s'agisse d'une vente administrée judiciairement ou d'une vente privée qu'il organise lui-même) 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 tout droit 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 prendra le contrôle de la réalisation (de sorte que toutes les sûretés seront éteintes) ou qu'un créancier garanti de rang inférieur remboursera le créancier de rang supérieur de manière à ce que tous les droits soient éteints. Si les deux approches permettent généralement d'éteindre l'ensemble des droits, 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 Guide recommande d'adopter la deuxième approche pour les dispositions extrajudiciaires (voir les recommandations 158 à 160). En ce qui concerne les dispositions judiciaires, afin d'éviter d'interférer avec les règles générales de procédure civile régissant l'exécution, le Guide laisse la question à d'autres lois (voir la recommandation 157).

71. Lorsqu'un créancier garanti acquiert les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie, les États prévoient généralement qu'il les acquiert dans les mêmes conditions que s'ils avaient été transférés dans une vente en réalisation. Les États pourraient prévoir que l'acquisition a pour effet de purger l'ensemble des droits, ce qui 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, 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 lors de l'acquisition des biens grevés par un créancier garanti de rang supérieur. Pour les mêmes raisons que celles applicables à la vente extrajudiciaire, le Guide recommande que le créancier garanti qui acquiert le bien en paiement le prenne libre de sûretés de rang inférieur, mais sous réserve des droits des créanciers de rang supérieur (voir la recommandation 158).

### c) Caractère définitif

72. 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 rouverte. À moins que l'on puisse prouver une fraude, la mauvaise foi ou la collusion entre le vendeur et l'acheteur, la vente est définitive. Que le créancier garanti accepte le bien grevé en paiement 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 du créancier garanti procédant à la réalisation 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 obtient un titre de propriété libre de tout droit. 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.

## 6. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un produit

73. 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 la recommandation 77, alinéa a)), le produit de la vente est substitué aux biens (pour la définition du terme "produit", voir Introduction, section B. Terminologie). Par conséquent, de nombreux États prévoient qu'une sûreté sur un bien meuble corporel se reporte automatiquement sur le produit de sa disposition. D'autres États ne prévoient pas de tel report, ou exigent que la Convention constitutive de sûreté indique expressément sur quel produit portera la sûreté. Le Guide recommande que les créanciers garantis aient le droit d'exercer leur sûreté sur le produit des biens grevés et sur le produit du produit (voir les recommandations 39 et 40). De plus, à la différence de beaucoup d'États qui limitent le concept de produit aux biens venant en remplacement, le Guide considère comme produit tout ce qui est reçu du bien grevé, les fruits et les recettes qu'il génère et l'accroissement naturel des animaux et végétaux.

74. 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. En ne recommandant pas de règles de réalisation spéciales pour le produit, le 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 à la section B du présent chapitre. En pareil cas, les recommandations relatives à ces biens qui y sont décrites s'appliqueraient.

#### **7. Articulation entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des sûretés immobilières**

75. Il est fréquent que la qualification des biens corporels en biens meubles ou 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 attachés et n'être pas totalement incorporés aux biens immeubles (par exemple un ascenseur, un four, un comptoir ou une vitrine). 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).

76. Les États ont adopté de nombreuses règles différentes correspondant à ces diverses situations. 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 qualification des 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 Guide ne formule aucune recommandation expresse à cet égard, du fait que le régime de réalisation présuppose l'existence distincte des biens corporels en tant que meubles, c'est implicitement le résultat obtenu.

77. Des questions plus délicates se posent, en matière de réalisation, lorsque des biens meubles corporels sont attachés 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 attachés 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 attachés 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 attaché, 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.

78. Le Guide suit le schéma général adopté par de nombreux États pour résoudre les conflits entre créanciers ayant des droits concurrents sur les biens attachés. 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 attaché, la sûreté est maintenue et reste automatiquement opposable. Le créancier garanti peut également assurer l'opposabilité en inscrivant la sûreté au registre immobilier (voir les recommandations 38 et 42). Les droits de réalisation du créancier garanti sur le bien attaché 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 les recommandations 84 et 85). Si le créancier garanti dont les droits portent sur le bien attaché est prioritaire, il peut détacher le bien et réaliser sa sûreté en tant que sûreté sur des biens meubles, sous réserve du droit du créancier garanti ou d'une autre partie intéressée payant le prix du bien attaché. Si toutefois le détachement d'un bien attaché à un bien immeuble (par exemple un ascenseur attaché à un bâtiment) endommage le bien immeuble (et ce, non pas du fait de la 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 les recommandations 161, alinéa a), et 162).

79. La réalisation de sûretés sur des biens attachés 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 attaché 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 attaché 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 attaché. Dans le premier cas, ses droits devront être prioritaires par rapport à tous les autres droits sur le bien immeuble (voir la recommandation 162). Dans le deuxième cas, ses droits seront déterminés par le régime de priorité régissant les biens immeubles (voir la recommandation 161, alinéa b)).

## **8. Réalisation d'une sûreté sur un bien attaché à un bien meuble, une masse ou un produit fini**

80. De nombreux types de biens meubles corporels sur lesquels une sûreté a été constituée sont destinés à être attachés à d'autres biens corporels, à être transformés en un produit fini, ou à être mélangés à d'autres biens corporels pour former une masse. Beaucoup d'États, en pareil cas, soumettent les sûretés à des règles qui déterminent si la propriété du bien attaché, du produit fini ou de la masse a été transférée à un tiers. Le Guide recommande que les sûretés qui sont opposables en général s'étendent aux biens qui sont devenus attachés à d'autres biens, aux biens transformés en produits finis et aux biens mélangés pour former une masse (voir les recommandations 41 à 44). Normalement, lorsque les États prévoient la continuité de l'opposabilité des sûretés sur des biens corporels attachés 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.

81. S'agissant de la réalisation d'une sûreté sur un bien attaché à un bien meuble, les règles qui s'appliquent sont semblables à celles applicables aux sûretés sur des biens attachés à des biens immeubles. Un créancier garanti de rang inférieur à celui procédant à la réalisation peut payer la créance de ce dernier; un créancier garanti de rang supérieur peut prendre le contrôle du processus de réalisation; et le créancier garanti procédant à la réalisation est responsable de toute dommage causé par le fait qu'il ait détaché le bien. Cependant, la différence avec le traitement des sûretés sur des biens attachés à des biens immeubles est que le créancier garanti n'a pas besoin d'être prioritaire par rapport aux droits concurrents sur le bien meuble pour réaliser sa sûreté sur le bien attaché (voir les recommandations 162 et 163).

82. Dans le cas de produits finis ou de masses, plusieurs créanciers garantis peuvent avoir des droits sur le produit final et sur ses composants. Si les biens grevés peuvent être isolés (c'est notamment le cas lorsqu'ils font partie d'une masse), le créancier garanti ayant une sûreté réalisable sur une partie des biens seulement devrait pouvoir isoler la part sur laquelle il a une sûreté et en disposer suivant les règles générales. Si les biens grevés ne peuvent pas être isolés (c'est notamment le cas lorsqu'ils ont été transformés en produits finis), il faudra peut-être vendre l'ensemble du produit, 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 les recommandations 87 à 89).

## **B. Remarques sur des biens particuliers**

### **1. Généralités**

83. 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 et différents

droits à paiement (tels que le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le droit de recevoir 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 document négociable (pour la définition de ces termes, voir Introduction, section B. Terminologie). En conséquence, de nombreux États ont adopté des règles spéciales pour régir la réalisation des sûretés sur ces types de bien grevé. Ces règles comportent, entre autres, des dispositions donnant au créancier garanti le droit de procéder au recouvrement auprès du débiteur de la créance ou du débiteur dans le cadre 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 loi sur les opérations garanties tienne 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 suive en partie les règles qu'elles posent.

## **2. Réalisation d'une sûreté sur une créance**

84. 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 Introduction, section B, Terminologie). 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.

85. Au chapitre VIII (Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté), le Guide analyse la relation entre le cédant, le cessionnaire et le débiteur de la créance, notamment le droit du cessionnaire de donner pour instruction au débiteur de la créance de payer directement entre ses mains à la suite d'une défaillance du cédant (voir les recommandations 111 à 113). Le Guide prévoit aussi, notamment, 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 les recommandations 114 à 120).

86. 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 affecter le produit à l'obligation du cédant. Cela est justifié par le fait que les droits du cédant et des tiers seront protégés simplement par l'affectation normale des sommes reçues à la réduction de l'obligation garantie. Conformément à l'approche adoptée par ces États, le Guide recommande qu'aucune démarche

supplémentaire ne soit exigée pour procéder à la réalisation (voir la recommandation 165).

87. 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 notifié au débiteur de la créance son intention de procéder au recouvrement, 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 Guide adopte non seulement pour de telles dispositions de créances, mais aussi pour le recouvrement ordinaire de créances (voir la recommandation 113, alinéa b)). De plus, le cessionnaire doit agir de manière commercialement raisonnable lorsqu'il dispose de la créance (voir la recommandation 128).

88. 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 Guide adopte une recommandation semblable à l'égard des garanties de l'obligation de payer du tiers débiteur (voir la recommandation 166). Cette règle s'applique également au droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (voir les recommandations 25, alinéa b), 48, 104, 124 et 166).

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

89. Le Guide s'applique aux transferts purs et simples de créances ainsi qu'aux sûretés sur les créances (voir la 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 la recommandation 164).

90. 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 et le produit effectif du recouvrement de ces créances lorsque celui-ci est insuffisant.

91. 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 fait que le débiteur de la créance ne paie pas des biens corporels ou

des services au motif que ceux-ci sont de mauvaise qualité ou parce 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 les recommandations 165 et 166).

#### **4. Réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable**

92. Dans de nombreux États, il est possible d'acquérir une sûreté sur un instrument négociable (pour la définition du terme "instrument négociable", voir Introduction, section B, Terminologie), soit par prise de possession, soit en accomplissant d'autres formalités pour assurer son opposabilité (voir les recommandations 32 et 37). En règle générale, même lorsqu'une sûreté est constituée sur l'instrument négociable, les États se réfèrent à la loi qui les régit pour déterminer les droits des débiteurs sur cet instrument ainsi que ceux des autres personnes revendiquant des droits sur lui (voir la recommandation 121). Ces droits peuvent être, par exemple: a) le droit du débiteur dans le cadre de l'instrument négociable de refuser de payer quiconque à l'exception du porteur ou une autre personne fondée à demander paiement en vertu de la loi régissant les instruments négociables; et b) le droit de la personne débitrice dans le cadre de l'instrument d'invoquer certaines exceptions relatives à sa dette.

93. Lorsqu'une sûreté est constituée sur un instrument négociable, les créanciers garantis, normalement, en ont la possession. En cas de défaillance du constituant, de nombreux États permettent au créancier garanti de demander paiement ou de réaliser par un autre moyen leur sûreté sur l'instrument. Il peut par exemple le présenter pour en demander le paiement ou même, si la défaillance intervient avant l'échéance, 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 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 aux créanciers garantis procédant à la réalisation après la défaillance (voir la recommandation 167).

94. 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 du débiteur de la créance). De nombreux États accordent au créancier garanti un droit automatique de réaliser ces autres droits si le débiteur dans le cadre de l'instrument ne s'acquitte pas du paiement sur présentation. Le Guide recommande d'adopter cette approche pour la réalisation des garanties relatives au paiement d'un instrument négociable (voir la recommandation 168).

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

95. 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 Introduction, section B, Terminologie). Dans une convention de compte, 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, le 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 les recommandations 32, 49, 100, 101, 122 et 123). Par exemple, même si un déposant a conclu une convention constitutive 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 les recommandations 122 et 123).

96. Dans de nombreux États, si le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti peut demander paiement 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 prenant en paiement de l'obligation garantie. Conformément à l'objectif consistant à renforcer la souplesse et l'efficacité de la réalisation, le 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 la recommandation 169).

97. 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 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 la recommandation 170). À l'inverse, lorsqu'il n'a pas été conclu d'accord de contrôle, il recommande qu'une décision de justice soit exigée, à moins que la banque ne consente expressément à remettre les fonds au créancier garanti (voir la recommandation 171).

98. 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 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 les recommandations 26 et 122, alinéa b)).

#### **6. Réalisation d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant**

99. 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 droit de recevoir le produit de ce droit (pour la définition de ce terme et des termes connexes, voir Introduction, section B, Terminologie). Le Guide recommande que l'on puisse constituer une sûreté sur le droit de recevoir 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 les recommandations 27, 48 et 50). La loi et les pratiques commerciales régissant les engagements de garantie indépendants étant très spécialisées, le Guide recommande d'adopter un certain nombre de règles destinées à refléter la loi et la pratique existantes (voir les 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 de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant.

100. La pratique générale des États est d'autoriser le créancier garanti dont la sûreté porte sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant à demander paiement 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 la recommandation 27). 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 peuvent être soumis à aucune obligation envers quiconque autre que le bénéficiaire, qui seul peut demander le paiement de l'engagement de garantie indépendant. Le 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 la recommandation 172).

#### **7. Réalisation d'une sûreté sur un document négociable**

101. 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 Introduction, section B, Terminologie). Le Guide recommande une pratique semblable (voir les recommandations 2, alinéa a), et 28). Le document négociable représente les biens meubles corporels qui y sont décrits, et permet à son porteur de revendiquer ces biens auprès de l'émetteur. Normalement, les créanciers garantis réalisent leur sûreté en présentant le document à l'émetteur et en revendiquant les biens. Des règles spéciales peuvent toutefois s'appliquer pour protéger les droits de certaines personnes en vertu de la loi régissant les documents négociables, et le présent Guide suit cette loi (voir la recommandation 127).

102. 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 des biens meubles corporels 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 la recommandation 173). 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.

### **C. Recommandations**

*[Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, dans la mesure où le document A/CN.9/637 contient un ensemble consolidé des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces dernières ne sont pas reproduites ici. Elles figureront à la fin de chaque chapitre dès qu'elles auront été finalisées.]*

---